This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

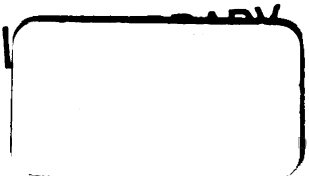
Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 049 360 316

HD

Digitized by Google

HARVARD



Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

3129
C

Die

Rechtsverhältnisse

zwischen

Grundstücksnachbarn.

(Nachbarrecht.)

Von

Dr. Chr. A. Hesse,

Geheimen Justizrath.

Zweite, zum größten Theile umgearbeitete Auflage.

Jena,

Verlag von Gustav Fischer

vormals Friedrich Manke.

1880.

GER.
916.3
Digitized by Google

Motto: Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris.

Rec. March 21, 1892

Digitized by Google

Vorwort

zur zweiten Auflage.

Das vorliegende Buch hat bei seinem ersten Erscheinen, so viel mir bekannt worden, eine günstige Beurtheilung gefunden; (Blätter f. Thüringen B. VI S. 246 ff., Gersdorf, Repert. 1859 B. III no. 3060, literar. Centralblatt 1859 no. 36, Dr. A. Schneider, die privatr. Bestimmungen des Zürcher. Baurechts, Zürich 1865, S. IX, Archivo giuridico dell' advocato Filippo Serafini, professore di Bologna I, 261, Schletter, Jahrb. B. IX S. 198 ff.). Das Buch ist auch in den Lehrbüchern des Pandektenrechts berücksichtigt, und häufig in den Erkenntnissen der höchsten Gerichtshöfe citirt worden, wie aus Seufferts Archiv zu ersehn ist.

Trotz alledem durfte ich mir nicht verhehlen, daß dasselbe seine großen Mängel hatte und manche unrichtige Ansicht enthielt. Und da auch die Literatur seit seinem Erscheinen (1859) viel Material über die darin behandelten Materien zu Tage gefördert hat, so wurde es mir zur Pflicht, das Werk zum großen Theile umzuarbeiten. Die neuere Literatur ist dabei nach Kräften berücksichtigt worden. Für mich, einen praktischen Juristen in einer kleinen Provinzialstadt, hatte das seine besondern Schwierigkeiten, und darf ich deshalb wohl auf einige Nachsicht zählen. — Gern hätte ich das ganze Buch umgewandelt; allein dazu

Digitized by Google

mangelte mir neben meiner Berufsthätigkeit die erforderliche Zeit, und bei meiner geschwächten Gesundheit die nöthige Arbeitskraft.

Schon deshalb konnte ich mich nicht dazu entschließen, durch eine andere Anordnung des Stoffs eine mehr systematische Behandlung des Nachbarrechts herbeizuführen, wie sie in Schletters Jahrb. a. a. O. empfohlen wird. Auch besorgte ich, daß dadurch die einzelnen Rechtsinstitute nicht an Klarheit gewinnen, insbesondere Wiederholungen nicht zu vermeiden sein möchten, und daß der praktische Gebrauch des Buchs nicht gefördert werden dürfte.

Die Aussicht auf ein deutsches Civilgesetzbuch konnte mich nicht bestimmen, die Bearbeitung einer zweiten Auflage zu unterlassen. Man darf wohl annehmen, daß bis zur Publikation und bis zu dem Tage, wo das Civilgesetzbuch in Kraft treten wird, mindestens noch ein Lustrum im Strome der Zeit verfließen wird, daß ferner das Gesetzbuch wohl nicht alle Materien des Civilrechts (insonderheit Wasserrecht, Baurecht, spezielles Nachbarrecht u. dgl.) in eingehender Weise behandeln, und daß endlich das römische Recht nicht nur als Grundlage des wissenschaftlichen Studiums, sondern auch als ergänzendes und aushelfendes Medium der Rechtsprechung seinen großen Werth behaupten wird.

Mit der Bitte, diese zweite Auflage nachsichtig und wohlwollend aufzunehmen, verbinde ich den Wunsch, daß das Buch auch in seiner neuen Gestalt sich nützlich erweisen möge!

Eisenberg (S. Altenburg) im Juli 1880.

Dr. Hesse.

Digitized by Google

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung 1

I. Abschnitt.
Die cautio damni infecti.

§. 1. I. Begriff und Hauptfälle der cautio 3
§. 2. II. Prinzip und Eigenthümlichkeiten der cautio 10
§. 3. Fortsetzung 17
§. 4. III. Verhältniß der Caution zu andern Klagen auf Schadensersatz 20
§. 5. IV. Der Schade, welcher bei der Caution in Betracht kommt, a) hinsichtlich des Caventen 26
§. 6. b) hinsichtlich des Bedrohten (Stipulator) 31
§. 7. Die Caution hat nicht Statt bei eigner Schuld — bei Verweigerung der Caution an den Gegner 38

V. Aedium, loci, operis vitium.

§. 8. Begriff des vitium 41
§. 9. aedium, loci vitium 44
§. 10. operis vitium 49

VI. Wer ist berechtigt, die Caution zu fordern?

§. 11. Der Eigenthümer, Emphyteuta, Superficiar ꝛc. 54
§. 12. Der bonae fidei possessor? 58
§. 13. VII. Wer ist verpflichtet, die Caution zu leisten? . . . 66
§. 14. VIII. Wie wird die Caution geleistet? 71
§. 15. IX. Conventionalcautionen 74
§. 16. X. Das Verfahren bei Forderung der Caution . . . 80
§. 17. XI. Die Caution ist ein subsidiäres Rechtsmittel . . 83
§. 18. XII. Damnum infectum. Kein Ersatz des Schadens, wenn nicht die Caution gefordert worden 93
§. 19. Ausnahmen von diesem Grundsatze 96

Digitized by Google

Seite

§. 20. Fortsetzung 104
§. 21. XIII. Die Klage aus der Caution (actio ex stipulatu) . . 108
XIV. Die Zwangsmittel bei verweigerter Caution.
§. 22. actio in factum. — Die missiones in possessionem . . . 116
§. 23. Die missio ex primo decreto 122
§. 24. Die missio ex secundo decreto 125
§. 25. Verhältniß zwischen dem Eigenthümer und den Dinglich-Berechtigten in Folge der Cautionsleistung 136
§. 26. XV. Geschichtliches über die cautio d. inf. 138
§. 27. XVI. Heutige Anwendung u. Nichtanwendung der Missionen 148

II. Abschnitt.

Die aquae pluviae arcendae actio.

§. 28. I. Allgemeines. Prinzip der Klage 155
§. 29. II. Begriff und Erforderniſſe der Klage: a) Regenwasser oder aqua mixta im natürlichen Laufe 161
§. 30. Künstlicher und geregelter Lauf durch Gräben und Dämme 171
§. 31. b) eine opus manufactum 175
§. 32. Anwendung der Klage bei Schutzanstalten: α) in Bezug auf Dämme 179
§. 33. β) in Bezug auf Gräben 183
§. 34. c) damnum futurum. Was ist dahin zu rechnen? . . . 187
§. 35. Veränderungen zur Aenderung der Kulturart und zum Zwecke der Fruchterzeugung sind erlaubt. — Unerlaubt ist die Entziehung des Regenwassers, welche für den Nachbar lediglich in der Absicht geschieht, dem Nachbar zu schaden . . 195
§. 36. Die immissio aquae pluv. ist nicht eigentliches Objekt der Klage 199
§. 37. d) Die Klage hat nur Statt bei einem opus in loco privato, und nur wenn einem ager geschadet wird 202
§. 38. Rechtsmittel gegen Regenwasser in Städten und Dörfern . 206
§. 39. III. Zuständigkeit und Richtung der aquae pl. arc. actio . 210
§. 40. IV. Beklagter und Inhalt der condemnatio 212
§. 41. V. Ueber den Grund des „patientiam praestare“ 221
§. 42. VI. Das Verhältniß der Klage bei einem Besitzwechsel an den betheiligten Grundstücken 223
§. 43. VII. Fälle, in denen die Klage ausgeschlossen ist 228
§. 44. VIII. Heutige Anwendung 230

Digitized by Google

Seite

III. Abſchnitt.
Grundzüge des römiſchen Waſſerrechts.

§. 45. Allgemeines. Anſichten verſchiedner Schriftſteller über Waſſerrecht 234
§. 46. I. flumina publica und flum. privata 239
§. 47. II. Waſſer im Privateigenthum 243
§. 48. III. Der Waſſerabfluß aus Quellen, Brunnen, Teichen u. ſ. w. — unterirdiſche Gewäſſer 244
§. 49. IV. Gemeingebrauch an öffentlichen Gewäſſern — Waſſer- und Uferbauten — Sonderrechte 252
§. 50. V. Die aqua profluens 256
§. 51. VI. Heutige Anwendung des römiſchen Rechts 257

IV. Abſchnitt.
Die actio negatoria.

§. 52. Grund und Veranlaſſung der Negatorienklage. Anſicht von Schmidt und Brinz 263
§. 53. Fortſetzung: Hoffmann — Burkhardt — Ihering . . . 268
§. 54. Einwendungen gegen dieſe 270
§. 55. Begriff der Immiſſion 272
§. 56. Weitere Bedenken gegen Burkhardts Anſicht 278
§. 57. Anſicht des Verfaſſers über die Tendenz der Negatoria . . 284
§. 58. Fortſetzung. — Was muß der Nachbar vom Nachbar dulden? 290
§. 59. Die Negatoria geht auch auf Schadenserſatz — und auf Beſeitigung des Eingriffs durch den Beklagten ſelbſt . . . 293
§. 60. Wörtliche Berühmung eines Rechts als Veranlaſſung der actio negatoria? 299
§. 61. Ob jeder Eingriff, der objektiv betrachtet, als Gegenſtand eines dinglichen Rechts ſich auffaſſen läßt, Veranlaſſung zur Klage werden kann? 302
§. 62. Wird Vicinität erfordert? 306
§. 63. Geſtank und Lärm als Veranlaſſung der Klage? 309
§. 64. Beweislaſt im Negatorienprozeſſe 311
§. 65. Fortſetzung 316
§. 66. Klagberechtigter und Beklagter 326
§. 67. Rechtsmittel bei vorübergehenden Eingriffen: a) actio injuriarum — b) interdictum uti possidetis — c) actio legis Aquiliae — d) das interdictum quod vi aut clam — e) ſtrafpolizeiliche Hilfe 332

Digitized by Google

Seite

V. Abschnitt.

Verhältniß des Privateigenthümers zu dem Staate oder zu Gemeinden als Grundstücksnachbarn.

§. 68. Verschiedenheit der Ansichten der obersten Gerichtshöfe und der Rechtsgelehrten 335
§. 69. Römische Auffassung des Verhältnisses — Heutiges Recht . 337
§. 70. Unterschied zwischen Grundstücken, die zum Gemeingebrauch dienen, und andern Grundstücken — interd. ne quid in loco publico 340
§. 71. Beantwortung einzelner Fälle 345
§. 72. Expropriationen und Konzessionen zu Anlagen 349

VI. Abschnitt.

Die operis novi nuntiatio.

§. 73. Grund und Zweck der Nuntiation — Verschiedene Ansichten darüber 352
§. 74. Ursprung und Zweck der Nuntiation 358
§. 75. Form und Objekt derselben 362
§. 76. Bedeutung und Wirkung derselben: Einstellung des Baues — nunt. fit in rem — Wirkung der Unterlassung der nuntiatio 366
§. 77. Die einzelnen Gründe der Nuntiation: a) juris nostri conserv. causa 373
§. 78. Wer ist zu dieser Nuntiation berechtigt? 377
§. 79. b) juris publici tuendi causa 383
§. 80. c) damni infecti causa 387
§. 81. Die Remission — a) remissio bei nuntiatio juris nostri conservandi causa 388
§. 82. Fortsetzung 391
§. 83. b) remissio bei der nuntiatio juris publ. tuendi causa — c) remissio bei der nuntiatio damni inf. causa 397
§. 84. Die cautio de demoliendo 399
§. 85. Das interdictum demolitorium 407
§. 86. Einwirkung Justinians und des canonischen Rechts auf die Nuntiation 411
§. 87. Heutige Anwendung 416

Digitized by Google

Seite

VII. Abschnitt.

Das Interdictum quod vi aut clam.

§. 88. Grund und Zweck desselben — Verschiedene Ansichten der Rechtsgelehrten 423
§. 89. Widerlegung dieser Ansichten 429
§. 90. Das Interd. hat nur statt wegen eines opus in solo factum 434
§. 91. Es steht dem zu, cujus interest 435
§. 92. Voraussetzungen desselben: vi aut clam factum 437
§. 93. Wirkung des prohibere — Aufhebung der Wirkung durch Cautionsleistung 439
§. 94. Die Klage ist eine Deliktsklage — Folgen 442
§. 95. Einreden des Beklagten — Beurtheilung desselben — Unterlassung des Einspruchs 445
§. 96. Das Interdikt ist heutigen Tags nicht anwendbar . . . 447

VIII. Abschnitt.

Rechtsverhältniß der Miteigenthümer unter einander.

§. 97. Ein Eigenthum, aber mehrere Subjekte — was ist getheilt bei Miteigenthum? — Bestimmung der Sache — Gesammtwille und persönliches Verhältniß der Miteigenthümer 450
§. 98. Dispositionen über die Sache bezüglich Substanz, Gebrauch und Benutzung sind immer an die Zustimmung der andern Theilhaber gebunden 458
§. 99. Ausnahme, wenn kein Interesse verletzt ist — keine Ausnahme bei nothwendigen Reparaturen oder Bauten. — Kein Verlust des Eigenthums wegen Nichtersatz der Reparaturkosten 460
§. 100. Interpretation der anscheinend widersprechenden Stellen — Ersatz der Reparaturaufwände 463
§. 101. Beleuchtung der einzelnen Dispositionen: a) Veräußerung ꝛc. — b) Fruchtgenuß und Nutzung der res communis — c) Anderweiter Gebrauch — d) Disposition über die Substanz — e) Vertheidigung der res communis — f) Dispositionen über die gemeinschaftliche Wand oder Mauer 468

IX. Abschnitt.

Die actio finium regundorum.

§. 102. Die Grenze — Eigenthum an Grundstücken 476

Digitized by Google

Seite

§. 103. Fortsetzung — Oberfläche, Luftsäule, Unterirdisches . . . 479
§. 103b. Grenzzeichen oder Grenzmarken 484
§. 104. Grund und Zweck der actio finium regundorum . . . 488
§. 105. Erfordert werden praedia rustica — Sie steht nicht blos dem Eigenthümer zu — Verjährung derselben — Duplicität der Klage 491
§. 106. Officium judicis und Verfahren 494
§. 107. Angabe des Grenzlaufs bei Veräußerungen — Verhaftlichkeit des Verkäufers für die Grenze 498, 679

X. Abschnitt.

Rechtsinstitute, die mit der Grenze in nächster Beziehung stehn.

§. 108. Die Vorhäupter auf dem Lande 499
§. 109. Das Traufrecht jure dominii 501
§. 110. Das Winkelrecht 508
§. 111. Was auf und an der Grenze wächst und steht oder liegt . 510
§. 112. Vom Ueberhang der Aeste — Ueberlaufen der Wurzeln von Bäumen — Ueberhang und Ueberfall der Baumfrüchte; a) nach römischem Rechte 522
§. 113. b) nach sächsischem Rechte 527
§. 114. Selbsthilfe bei Baumwurzeln nach sächs. Rechte? — Geltungsbereich des sächs. Rechts — Aeste über 15 Fuß hoch 535
§. 115. Legalservituten: Nothweg 541
§. 116. Voraussetzungen des Nothwegs — Verfahren 547
§. 117. Andere sogen. Legalservituten: A. Betreten des fremden Grundstücks behufs der Ausbesserung von Umfriedigungen — B. Hammerschlag — C. Leiterrecht — D. Anwende — E. Schaufelschlag 552

XI. Abschnitt.

Das Gebahren des Eigenthümers auf seinem Grundstück in speziellen Richtungen.

§. 118. 1) Der Eigenthümer darf sein Recht nicht ausüben, blos um den Nachbar zu kränken oder zu schädigen . . . 559
§. 119. 2) Umfriedigen oder Einzäunen der Grundstücke 568
§. 120. 3) Aenderung der Kulturart der Grundstücke 574
§. 121. 4) Darf man unmittelbar neben der Grenze Bäume pflanzen, Hecken oder Zäune anlegen u. dgl.? 577
§. 122. 5) Insbesondere vom Bauen und Anlagenmachen. Gelten die römischen Baugesetze? 584

Digitized by Google

Seite

§. 123. Betrachtung der einzelnen römischen Bestimmungen über Bauen 589
§. 124. Kann der Eigenthümer beliebig bauen, auch wenn er dem Nachbar Licht, Sonne, Luft u. dgl. entzieht? 597
§. 125. Sogenannte, aber nicht nachweisliche, Baubeschränkungen, Abrücken von der Grenze ꝛc. 606
§. 126. Fenster- und Lichtrecht 610
§. 127. Fortsetzung. Ob es bezüglich des Fensterrechts ein deutschrechtliches Gewohnheitsrecht giebt? 613
§. 128. Gemeinrechtliches Fensterrecht 616
§. 129. Bauen als res merae facultatis — Verjährung des Rechts — Erhaltung der Gebäude 620

Anhang.

I. Rechtsfälle und Erkenntnisse.

betreffend

die cautio d. inf. No. I, II, III, IV, V, VI, ... 623
Wasserrecht „ VII, VIII, ... 650
Uferbau „ XIII, XIV, ... 657
aquae pl. arc. actio „ IX, X, XI, XII, XV, XVI, XVII. . 653, 659

II. Nachträge und Excurse.

1. zu Abschnitt I (cautio d. inf.) 663
2. „ „ II (aquae pl. arc. actio) 664
3. „ „ III (Wasserrecht) 664
4. „ „ IV (Negatorienklage) 664
5. „ „ VI (operis novi nunt.) 667
6. „ „ VII (interdictum quod vi) 676
7. „ „ VIII (Miteigenthum) 677
8. „ „ IX (fin. regund. actio) 678
9. „ „ XI (Bauen) 679

Digitized by Google

Berichtigungen.

Seite 55 Zeile 5 ist statt l. 5 §. 2, 3 zu lesen: l. 12 §. 2. l. 14 §. 2.
„ 64 letzte Zeile ist nach „behauptet" Ulpian einzuschieben.
„ 65 erste Zeile ist statt 11, 8 zu lesen: 11, 7.
„ 88 nota 145 letzte Zeile lies: effectuirt statt affectuirt.
„ 113 Zeile 22 ist zwischen die Worte „noch" und „können" das Wort „klagen" einzuschieben.
„ 138 fehlt über der Ueberschrift: §. 26.
„ 215 Zeile 6 ist statt sumitur zu lesen: sumtu.
„ 256 Zeile 10 lies: V statt VI.
„ 290 fehlt oben: §. 58.
„ 329 Zeile 14 ist statt Negatoria zu lesen: Confessoria.
„ 340 Zeile 20 fehlt: §. 70, welcher mit den Worten: „Bei Grund und Boden" beginnt.
„ 355 Zeile 3 von unten lies: dem statt „den",
Zeile 2 von unten lies: Nuntiant statt „Nuntiat."
„ 393 Zeile 10 hinter restituas, füge ein: angeführt wird.
„ 394 Zeile 1 lies: den Nuntiaten.
„ 397 vierte Zeile von unten ist das Komma zu streichen.
„ 400, Note, ist in der vorletzten Zeile 15 statt 17 zu lesen.

Digitized by Google

Einleitung.

Die Lehre von den Rechtsverhältnissen der Grundstücksnachbarn ist eine der schwierigsten Partieen der Rechtswissenschaft. In den Quellen ist ihr nirgends eine zusammenhängende und übersichtliche Darstellung gewidmet. Wie die römischen Juristen die Entwickelung des Obligationenrechts zumeist an die Klage des konkreten Rechtsgeschäfts anknüpfen, so sind auch die Normen für die Grundstücksnachbarn aus den Erörterungen über die cautio damni infecti, über die Negatoria, und die aquae pluviae arcendae actio herauszuschälen und organisch erst zusammen zu fügen. Mit diesen Rechtsmitteln hängen, als Vorläufer, Nachfolger oder auch Lückenbüßer, die operis novi nuntiatio und das Interdikt quod vi aut clam eng zusammen, so daß auch diese in den Kreis der Betrachtung zu ziehen waren. Weiter reihen sich an die actio finium regundorum, und alle Bestimmungen, die in Beziehung zur Grenze stehen, z. B. über Traufrecht, Winkelrecht, Ueberhang, Umfriedigung der Grundstücke, Pflanzen und Bauen, Fenster- und Lichtrecht u. dgl. Alle diese Materien mußten Gegenstand der Erörterung in dieser Schrift werden, weil sie das nachbarliche Verhältniß der Grundstücksbesitzer berühren, und die Bearbeitung derselben wird um so angemessener sein, als die Lehrbücher des gemeinen resp. des deutschen Rechts auf diese Spezialitäten sich gar nicht oder nicht genügend einlassen. Ueber die Be-

Digitized by Google

ziehungen der Grundstücksnachbarn zu einander enthält das römische Recht so gesunde und praktische Grundgedanken, und so feine und scharfsinnige Sätze, daß man es bedauern muß, wie dieselben in der Praxis, zum Theil auch in der Doktrin, verflacht und verwischt worden sind. Neuere Gesetzgebungen haben sogar die cautio d. inf. ganz beseitigt, ohne das derselben zu Grunde liegende, von tiefer Umsicht und wirthschaftlicher Weisheit getragene Prinzip genügend zu würdigen, — ganz so, wie man die causa bei Verträgen, ohne ihre tiefe, ethische und wirthschaftliche Bedeutung gehörig erwogen zu haben, neuerdings formell beseitigen möchte.

Bei der eminent praktischen Bedeutung der hier in Betracht kommenden Materien werde ich, soweit kontroverse Sätze vorkommen, die ich alle eingehend behandelt habe, nicht lediglich an die einzelnen Fragmente und deren Erklärung, die oft noch zweifelhaft bleibt, mich anklammern, sondern vorzugsweise den Grundgedanken des Instituts oder Rechtsmittels und die Bedingungen seiner praktischen Verwerthung zu erschöpfen suchen. Von der modernen philosophisch-juristischen und spekulativen Art, den Stoff zu behandeln, habe ich mich fern gehalten, weil ich daraus keinen Segen für das Recht absehen kann.

Angeschlossen habe ich einen Abschnitt, die Grundzüge des gemeinrechtlichen Wasserrechts enthaltend, und eine kurze Abhandlung über das Rechtsverhältniß der Miteigenthümer unter einander. Je weniger die Lehrbücher über diese Materien enthalten, um so erwünschter, glaube ich, wird die Aufnahme derselben in dieses Buch den praktischen Juristen sein.

In die Partieen des speziellen Nachbarrechts hat sich mancher Aberglaube und viel willkürliche Annahme eingeschlichen; es galt hier gründlich aufzuräumen.

Digitized by Google

I. Abſchnitt.

Die cautio damni infecti*).

I. Begriff derſelben und ihre 2 Hauptfälle.

§. 1.

Die cautio damni infecti begreift das Verſprechen, dem Gegner einen zukünftigen Schaden zu erſetzen. Das Material für dieſes Rechtsmittel bietet uns hauptſächlich der tit. D. 39, 2 de damno infecto et de sugrundiis et protectionibus. Von den in dieſer Ueberſchrift mit genannten Wetterdächern und Vordächern erfahren wir freilich ſehr wenig. Deſto zahlreicher ſind die Fragmente, welche das damnum infectum behandeln; ſie ſind den juriſtiſchen Bearbeitungen des Edikts (edictum praetoris urbani wie edictum provinciale) entnommen, mit Ausnahme von l. 21. 22, 38—40.

In l. 7 D. 39, 2 referirt Ulpian das Edikt des Prätors in Betreff der cautio d. inf. alſo: „Damni infecti suo nomine promitti, alieno satisdari jubebo ei, qui juraverit, non calumniae causa id se postulare, eumve, cujus nomine aget, postulaturum fuisse, in eam diem, quam causa cognita statuero. Si controversia erit, dominus sit nec ne, qui cavebit, sub exceptione satisdari jubebo. Eum, cui ita non cavebitur, in possessionem ejus rei, cujus nomine ut caveatur postulabitur, ire, et cum justa causa esse videbitur, etiam possidere jubebo. In eum, qui neque caverit, neque in possessione esse, neque possidere passus

*) Heſſe, die cautio d. inf. (Leipz. 1841). Unterholzner, Schuldverh. II S. 714 ff. Groh, über die Kaution wegen künft. Schadens (1854). Aebli, die cautio d. inf. (1867). Burkhardt, Glücks Pand. B. 39 u. 40. II und die nota 4 und 16 Genannten.

Digitized by Google

erit, judicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo, ejusve, cujus de ea re jurisdictio fuit, quae mea est, cautum fuisset. Ejus rei nomine, in cujus possessionem misero, si ab eo, qui in possessione erit, damni infecti nomine non[1]) satisdabitur, eum, cui non satisdabitur, simul in possessione esse jubebo."

Dieſes Referat enthält jedoch, wie wir aus l. 4 §. 5 D. h. t.[2]) erſehen, das Edikt nicht vollſtändig; auch beſchäftigt ſich letzteres mehr mit den prozeſſualiſchen, als mit den materiellen Grundſätzen der cautio d. inf. Die letzteren gibt uns Gajus vollſtändiger in l. 19 §. 1 h. t.:

„Sive aedium vitio, sive operis, quod vel in aedibus, vel in loco urbano aut rustico, privato publicove fiat, damni aliquid futurum sit, curat Praetor, ut timenti damnum caveatur —" und noch vollſtändiger Ulpian in l. 24 §. 2 D. h. t.:

„Sed ut ne quid aedium, loci, operisve vitio damnum factum sit, stipulatio interponitur de eo sine satisdatione, quae non solum ad totas aedes, sed etiam ad partes aedium pertinet."

Wenn alſo Gebäude oder andere Grundſtücke oder auch einzelne Beſtandtheile davon, oder wenn Anlagen auf denſelben von der Beſchaffenheit ſind, daß ſie das Eigenthum des Nachbars zu beſchädigen drohen, ferner, wenn Jemand auf dem Seinigen neue Anlagen errichtet oder andere Veränderungen mit oder an ſeinem Grundſtücke oder ſonſt Handlungen (gräbt, bäckt, Waſſer ausgießt)[3]) vornimmt, welche dem Eigen-

1) Das non fehlt in der Florentina, findet ſich aber in der Vulgata, und iſt augenſcheinlich nothwendig.

2) „Praetor ait: Dum ei, qui aberit, prius domum denuntiari jubeam."

3) Fodire l. 24 §. 12 h. t. furni nomine cautum l. 24 §. 7 eod., l. 27 §. 10 D. 9, 2. l. 29 D. 8, 2. l. 17 §. 5 D. 8, 5. l. 18 D. 46, 8: scindetur fodietur, aedificabitur.

Digitized by Google

thume des Nachbars Schaden drohen, so kann dieser von dem Eigenthümer jener Grundstücke, bezüglich von dem Unternehmer des Werks Sicherstellung fordern, daß ihm, wenn wirklich ein Schaden geschieht, dieser ersetzt werde. — Dies ist derjenige Fall der Kaution, welcher hauptsächlich in dem Pandektentitel de damno infecto behandelt wird und bei welchem in der Regel die als Zwangsmittel im Edikt angekündigten missiones in Anwendung kommen. — Es giebt aber noch einen andern Fall der Kaution, welcher in dem gedachten Pandektentitel nur nebenbei (l. 7 pr. l. 15 §. 2—9. l. 24 pr. l. 30. 31) vorkommt, weit häufiger in andern Titeln zerstreut gefunden wird, und welcher die Anwendung der prätorischen Missionen in der Regel ausschließt, so daß wir zwei Hauptfälle der Kaution unterscheiden müssen [4]). Der letzterwähnte Fall bezieht sich nämlich auf solche Werke und Handlungen, welche Jemand nicht auf dem Seinigen (in suo), sondern auf fremdem Grund und Boden (privato publicove) vermöge einer ihm zustehenden Berechtigung unternimmt, oder hat.

In dieser Beziehung kommt die Kaution vor:

1) wenn Jemand auf öffentlichem Grund und Boden (in publico) Anlagen und Handlungen unternimmt, so weit sie daselbst jedem Bürger erlaubt sind, z. B. wenn er Uferbauten,

4) Schon Donellus, comm. lib. XV cap. 47 §. 1 unterscheidet also: si de aedibus aut opere jam constituto cautio exigitur" und „si de eo opere, quod jam instituitur." Vergl. dagegen v. Bangerow, Leitfaden zu Pandektenvorlesungen 3. B. §. 678 S. 567 Anmerk. Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht 2. B. §. 127 nota 42. — Huschke, Gajus, Beiträge zur Kritik ꝛc. seiner Institutionen, Leipzig, 1855 S. 210 sagt: „Ueberhaupt werden die Dezemvirn zwei Fälle unterschieden haben: wenn von einem Privatgrundstück und wenn von einem öffentlichen her durch ein Privatbauwerk Schaden drohte —" was jedenfalls nicht ganz richtig ist. — Göschen, Vorlesungen B. 2 Abth. 2 S. 704 unterscheidet als Nebenfall, wenn die Kaution wegen positiver culpa bei an sich rechtmäßigen Anlagen auf fremden Grund und Boden gefordert werde. In solchem Falle ist sie überflüssig oder unzulässig.

Digitized by Google

um sich zu schützen, an öffentlichen Flüssen beginnt, l. 7 pr. l. 15 §. 2 D. h. t. [5]), wenn er einen öffentlichen Weg bessert, l. 15 §. 8. 9. l. 31 pr. D. h. t. — oder wenn Jemand auf öffentlichem Grund und Boden eine Wasserleitung anlegt l. 5 D. 43, 8.

Als Regel hierbei stellt Ulpian folgenden bekannten Grundsatz in l. 25 pr. h. t. auf:

„Fluminum publicorum communis est usus, sicuti viarum publicarum, et litorum. In his igitur publice licet cuilibet aedificare et destruere, dum tamen hoc sine incommodo cujusquam fiat.“

War das Werk hiernach an sich unerlaubt, so standen Jedem aus dem Volke interdicta prohibitoria, und bisweilen auch restitutoria zu, um die Verhinderung oder Wegnahme des Werkes zu erlangen. War das Werk jedoch nicht zu verhindern, befürchtete aber Jemand davon einen Schaden für sein Eigenthum, so mußte der Unternehmer diesem die cautio damni infecti leisten.

2) Wenn Jemand auf fremden Privatgrundstücken etwas vornimmt, wozu er entweder verpflichtet oder berechtigt ist, muß er ebenfalls wegen des Schadens, den er bei Vornahme dieser Handlungen etwa anstiftet, Kaution leisten. Solche Handlungen auf fremdem Gebiete kommen vor:

a) in Folge eines richterlichen Ausspruchs, oder auf Grund eines Gesetzes, z. B. wenn der Eigenthümer ein auf seinem Grundstücke errichtetes Werk in Folge des Interdictum quod vi aut clam oder in Folge der aquae pluviae arcendae

5) Ferner: l. unica §. 3 §. 4 D. de ripa numienda 43, 15: „Is autem qui ripam vult munire, de damno futuro debet vel cavere vel satisdare secundum qualitatem personae; et hoc interdicto expressum est, ut damni infecti in annos decem viri boni arbitratu vel caveatur vel satisdetur. Dabitur autem satis vicinis, sed et his, qui trans flumen possidebunt.“ — Auch heut zu Tage wird bei Uferbauten die Kaution anwendbar und von Nutzen sein.

Digitized by Google

actio wieder einzureißen dem Nachbar gestatten muß, l. 7 pr., l. 16 §. 2 D. 43, 24. l. 5 D. 39, 3; oder wenn der Eigenthümer in Folge der letztgedachten Klage dulden muß, daß auf seinem Grundstücke der Nachbar ein verfallenes Werk wiederherstelle, l. 1 §. 23. l. 2 §. 1, §. 5 D. 39, 3. l. 13 §. 10 D. 39, 1 a. E. — bei dem interdictum de glande legenda, wenn ich die von meinen Bäumen auf des Nachbars Grundstück gefallenen Früchte aufleſen will, l. 9 §. 1 D. 10, 4 — bei der actio ad exhibendum, wenn wir unsere Sachen, die die Gewalt des Stromes auf eines Andern Grundstück geführt hat, oder welche bei dem Einsturz unserer Gebäude dahin gefallen sind, wieder abholen wollen, l. 5 §. 4, 5 D. 10. 4. l. 9 §. 1—3 D. 39, 2; — wenn ich einen mir gehörigen Schatz auf fremdem Boden suchen will, l. 15 D. 10, 4 — wenn der Miether die im gemietheten Hause eingebauten Sachen wieder wegnehmen will, l. 19. 5. 4 D. 19, 2 [6]).

b) in Folge einer Servitut [7]). Jeder Servitutberechtigte ist befugt, das Grundstück, welches mit der Servitut behaftet ist, zu betreten und die zur Ausübung und Erhaltung der Servitut nöthigen Arbeiten daselbst vorzunehmen, sowie die dazu erforderlichen Materialien, Steine, Sand, Kalk, Holz und dergl. dahin zu bringen, l. 11 D. 8, 4. l. 3 §. 10 D. 43, 21. Zum Schutze dieser Befugniß hat der Prätor besondere Interdikte aufgestellt, aber auch die Voraussetzung damit

---

6) Diese Stellen sind unten §. 19, 20 abgedruckt. Einen Rechtsfall, wo auf die Kaution bei Nachsuchung nach einem Schatze erkannt wurde, siehe im Wochenbl. für merkw. Rechtsfälle, Jahrg. 1849 S. 343.

7) l. 30 D. h. t. Damni infecti stipulatio pertinet etiam, si quid ejus operis, quod in fundo meo aquae ducendae causa fit, vitio damnum mihi contigerit; solet enim opus in alieno fieri, cum jure servitutis, quam quis habet alieno agro impositam, opus in alieno faciat. — Quod dictum est aquae ducendae causa, exempli gratia scriptum est; ceterum ad omnia opera stipulatio accommodabitur.

Digitized by Google

verknüpft, daß der Servitutberechtigte wegen des Schadens, den er dabei dem dienenden Grundstücke zufügen kann, dem Eigenthümer desselben die cautio d. inf. bestelle, z. B. l. 3 §. 11 D. 43, 19:

„Ait Praetor: Quo itinere actuve hoc anno non vi, non clam, non precario ab alio usus es, quo minus id iter actumve, ut tibi jus est, reficias, vim fieri veto. Qui hoc interdicto uti volet, is adversario damni infecti, quod per ejus vitium datum sit, caveat, l. 5 §. 4 ib.; — bei der Wasserleitung l. 1 §. 38 D. 43, 20: „Quandoque de opere faciendo interdictum erit, damni infecti caveri jubebo"; l. 3 pr. l. 3 §. 9 D. 43, 21: „Praetor ait: rivos, specus, septa (Wassergräben, Kanäle und Schleußen) reficere, purgare aquae ducendae causa, quo minus liceat illi — vim fieri veto. De damno quoque infecto cavere eum debere, minime dubitari oportet." — Auch das Reinigen und Ausbessern der Kloaken wird durch ein besonderes Interdikt geschützt, aber ebenfalls vom Prätor als Voraussetzung hinzugefügt: „damni infecti, quod operis vitio factum sit, caveri jubebo", l. 1 pr. D. 43, 23. —

Zwei Momente sind es, welche diesen zweiten Hauptfall der cautio d. inf. kennzeichnen. Während nämlich der Prätor bei dem ersten Hauptfall der Kaution nur dann sie gewährt, wenn dem Bedrohten zur Erlangung des Schadenersatzes ein anderes Rechtsmittel nicht zu Gebote steht, stellt er die Kaution im zweiten Hauptfalle allezeit als Voraussetzung des erwähnten Interdikts oder der actio hin. Hieraus ergiebt sich weiter von selber, daß im Falle der Verweigerung der Kaution es auch nicht besonderer Zwangsmittel (missiones, actio in factum) wie bei dem ersten Hauptfalle der Kaution bedurfte, indem es vollkommen genügte, daß entweder der Prätor die Klage oder das Interdikt so lange verweigerte, bis die Kaution

Digitized by Google

geleiſtet war, oder daß derjenige, welcher ſie fordern konnte, durch Prohibition oder durch operis novi nuntiatio dem Gegner in der Ausführung des ſchadendrohenden Werks Einhalt that, und wenn dieſer deſſenungeachtet zu bauen fortfuhr, ſich des Interdictum quod vi aut clam bediente, welches auf Herſtellung des vorigen Zuſtandes und Schadenserſatz ging; l. 3 §. 6 D. 43, 24: — „Sed si quis damni infecti paratus sit cavere, quum propter hoc tantum esset prohibitus, vel quia non defendebat, vel damni infecti non repromittebat, consequens est dicere, desinere eum vim facere.“ l. 1 §. 17 D. 39, 1: „Nuntiamus autem, quia jus aliquod prohibendi habemus vel ut damni infecti caveatur nobis ab eo, qui forte in publico vel in privato quid molitur.“ —

Iſt nun in den bisher gedachten Fällen der Kaution die Anwendung der prätoriſchen missiones in possessionem als Zwangsmittel gegen den ungehorſamen Beklagten an ſich ſchon überflüſſig, ſo erſcheint ſie auch der Natur der Sache nach nicht angemeſſen, weil ſie bei einem opus novum entweder ganz unmöglich oder doch — wenn auch Anfänge des Werks vorhanden ſind — wirkungslos ſein würde[8]).

Es behauptet Huſchke[9]), daß bei Anlagen auf öffentlichem Boden, wenn der Beklagte dem Befehle des Prätors, die cautio d. inf. zu leiſten, nicht nachgekommen ſei, nach dem Edikte eine actio in factum wegen des Schadens Statt gefunden habe, indem er auf l. 18 D. 8, 2. l. 27 §. 10 D. 9, 2 Bezug nimmt. Man muß jedoch die Richtigkeit dieſer Anſicht bezweifeln; theils wegen l. 1 §. 5 D. 43, 15[10]), ſodann aber,

---

8) l. 15 §. 12 h. t. nec profuturum in possess. ejus rei mitti, quam quis possidere non possit, aut ei non expediat.

9) Gajus, Beiträge zur Kritik und zum Verſtändniß ſeiner Inſtitutionen, Leipzig, 1855 S. 211.

10) „Etenim curandum fuit, ut ei ante opus factum caveretur. Nam

Digitized by Google

weil die actio in factum, welche in den von Huschke zitirten Stellen uns begegnet, die aus der lex Aquilia abgeleitete Schädensklage sein dürfte.

Uebrigens muß hier vorläufig bemerkt werden, daß die cautio nicht nur in Folge richterlicher Entscheidung vorkommt, sondern oft auch freiwillig geleistet wird (Konventionalkaution, §. 15 unten).

II. Prinzip und Eigenthümlichkeiten der Kaution.

§. 2.

Die cautio damni infecti beruht auf dem Grundgedanken: Der Eigenthümer, welcher auf seinem Gebiete Sachen hat, oder etwas thut innerhalb seines Gebiets, wodurch dem Nachbar ein Schaden zugefügt wird (ohne Immission), ist nach strengem Rechte nicht verpflichtet, dem Nachbar Ersatz zu leisten. Er bedient sich seines Rechts[11]), und ist nicht verpflichtet, für den Nachbar zu sorgen, d. h. Schaden von ihm abzuwehren, z. B. durch Reparatur seiner Gebäude, Ausbesserung einer schadhaften Mauer ꝛc. Aber auf der andern Seite erscheint es unnachbarlich und unbillig, daß der Beschädigte keinen Ersatz des Schadens haben soll. Deshalb kann er das Versprechen fordern, daß der Andere ihm den Schaden ersetze. Die Sache liegt demnach so, daß in der Regel ohne dieses Versprechen kein Ersatz zu erwarten ist. — Damit steht im Einklang, daß der Prätor nicht sofort eine Klage gegen den Eigenthümer giebt auf Ersatz des Schadens, welcher aedium, loci oder operis vitio dem Nachbar zugefügt wird, sondern dem Ersteren erst

post opus factum persequendi hoc interdicto nulla facultas superest, etiam si quid damni postea datum fuerit, sed lege Aquilia experiendum est."

11) l. 24 §. 12. l. 26 h. t. — in ea re, in qua jure meo usus sum — quam quis jure quid in suo faceret. l. 151 D. 50, 17: nemo damnum facit, nisi qui id facit, qnod facere jus non habet.

Digitized by Google

auferlegt, durch Stipulation zum Ersatz des Schadens sich verbindlich zu machen, und daß die römischen Juristen für eine vor geleisteter Kaution, aedium, loci, oder operis vitio zugefügte Beschädigung in der Regel Ersatz nicht gewähren[12]). Durch die Stipulation wird erst eine actio geschaffen[13]).

Hätte der Prätor in dem damnum aedium, loci operisve vitio datum eine absolute Rechtsverletzung gefunden, so würde er eine actio auch de damno jam facto (praeterito) gegeben haben, resp. hätte er eine solche geben müssen[14]), weil nach den Prinzipien des römischen Rechts in der Regel jede widerrechtliche Handlung zu Ersatzleistung des dadurch gestifteten Schadens verpflichtet. Es kann also darin, daß unser Haus z. B. einstürzt und dem Nachbar Schaden zufügt, auch wenn wir ihn durch Nachlässigkeit in der Ausbesserung des Gebäudes verschuldet haben, eine an sich widerrechtliche Handlungsweise unsrerseits und eine absolute Rechtsverletzung für den Nachbar, welche ihm eo ipso ein Klagrecht giebt, nicht gefunden werden. Wenn aber dennoch der Prätor dem Eigenthümer eines schadendrohenden Gebäudes auferlegt, die cautio d. inf. zu leisten, so läßt sich das nur in folgender Weise erklären.

Während der Prätor einerseits die Rechte des Eigenthums, wozu die freie Gebahrung des Eigenthümers mit seinen Sachen gehört, und den Grundsatz, qui jure suo utitur, nemini facit

12) l. 6 D. h. t.: „Evenit, ut nonnunquam damno dato nulla nobis competat actio, non interposita antea cautione" — l. 7 §. 1 eod.: „Hoc edictum prospicit damno nondum facto, quum ceterae actiones ad damna, quae contigerunt, sarcienda pertineant, ut in legis Aquiliae actione et aliis. De damno vero facto nihil edicto cavetur." —

13) „Praetoriarum stipulationum tres videntur esse species: judiciales, cautionales, communes. Cautionales autem sunt, quae instar actionis habent, et ut nova actio sit, intercedunt, ut de legatis stipulationes, et de tutela, et ratam rem haberi, et damni infecti. l. 1 pr. §. 2 D. 46, 5.

14) l. 5 §. 1 D. 9, 2: injuria, quod non jure factum est, hoc est contra jus.

Digitized by Google

injuriam, aufrecht erhalten wollte, mochte er andernseits nicht verkennen, daß in dem Verhältniß von Nachbar zu Nachbar (vicinitas) doch genügender Grund vorhanden sei, daß gegenseitig eine wirkliche Beschädigung abgewendet werde, welche durch menschliche Sorgfalt und Macht verhütet werden kann. Eben so soll, wenn es sich um neue Anlagen handelt, welche der Eigenthümer auf dem Seinigen macht, und überhaupt um eine Thätigkeit, welche er darauf entwickelt, derselbe frei gebahren können, so weit er sich innerhalb seiner Grenzen hält. Handlungen, welche die Immission eines Körpers über die Grenze in das Nachbargebiet veranlassen, also sachlich hinübergreifen, unterfallen der Negatorienklage[15]); Handlungen aber, welche keine Immission effektuiren, nicht über die Grenzen hinübergreifen, aber in das Nachbargebiet hinüberwirken, und dem Nachbar einen wirklichen Schaden zufügen, unterfallen der cautio d. infecti[16]). So soll zwar die Freiheit des Eigenthums und der Grundsatz qui jure suo utitur aufrecht erhalten, aber durch die Kaution in seiner scharfen, schneidenden Konsequenz gemildert werden. Diese wurzelt demnach nicht in dem strengen Rechte, sondern in der aequitas[17]) des Nachbarverhältnisses.

---

15) Vergl. unten §. 55, 57, 58.

16) Burkhardt, Glücks Pand. B. 39. 40. II S. 34 ff. Reinhard, Archiv für civ. Prax. B. 30 S. 231 sagt: Ein Anspruch aus der cautio d. inf. ist in allen Fällen einer wirklichen Beschädigung begründet, für welche keine zureichende Rechtfertigung (?) vorhanden und keine andere Rechtshilfe bereitet ist. — Das bezeichnet mehr die ratio legis, als das Wesen und die Eigenheit der Kaution.

17) Die Vorschriften: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere und non omne, quod licet, honestum est sind nicht blos philosophische Doktrinen, sondern werden von den römischen Juristen als juris praecepta bezeichnet. Gaj. I. 53 sagt: male jure nostro uti non debemus. So weit nun damit das strenge Recht nicht harmonirte, war es Aufgabe des Prätors und der Rechtsgelehrten, die Forderungen der

Digitized by Google

Fragen wir nun weiter, warum der Prätor nicht wenigstens direkt eine Klage auf das damnum futurum, wie sie bei der aqua pluvia vorkommt (l. 1 §. 1 D. 39, 3), im Edikte aufgestellt, sondern erst den Umweg der Kautionsleistung und die Vermittelung einer Klage durch die Stipulation vorgezogen hat, so ergiebt sich die Antwort zum Theil aus dem Vorhergehenden. Der Prätor wollte nämlich einestheils den Eigenthümer schadendrohender Gebäude und Anlagen, oder den Unternehmer von Anlagen und Werken auf dem Seinigen nicht direkt zwingen, seine Gebäude auszubessern und in guten Stand zu setzen, oder neue Anlagen zu unterlassen, resp. anders herzustellen, als ihm zweckmäßig oder bequem erscheint, weil ihm dies gegenüber dem Rechte des Eigenthums und dem Grundsatze, qui jure suo utitur, nemini facit injuriam, zu schroff erschien, und event. unwirthschaftlich; er wollte vielmehr — dies schien ihm der mildere Ausweg zu sein — dem Eigenthümer die Wahl lassen, entweder die Gebäude in Stand zu halten resp. neue Anlagen zu unterlassen u. s. w., oder den von Gebäuden und Anlagen drohenden Schaden dereinst zu ersetzen oder jene ganz aufzugeben, wenn sie der Reparatur

---

Sitte, der Billigkeit und Humanität, wie sie aus der Reciprocität des bürgerlichen Zusammenlebens sich ergeben, zur Geltung zu bringen. Das umfaßt die aequitas der Römer. Daß hieraus die cautio d. inf. abzuleiten, erörtert ausführlich Reinhard über die cautio d. inf. im Archiv für civ. Praxis B. 30 S. 207. — Nota 7 sucht er Dirksen, Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss. B. 2 S. 407 ff. zu widerlegen, welcher alle Eigenthumsbeschränkungen des Pandektenrechts auf die Förderung allgemeiner Staatszwecke, polizeilicher Maßregeln, Beförderung der Landwirthschaft zurückzuführen sucht. — Schilter, prax. jur. rom. Exerc. XLII. „ex aequitate naturali et vinculo civilis societatis dominus obligatus videtur ad restitutionem damni." — Lauterbach, coll. pand. ad. tit. 39, 2 §. 7 „causa impulsiva est aequitas." — Westphal, de lib. et serv. praed. §. 7—10. — Reitzenstein, diss. num b. f. poss. deneganda sit damni inf. stipulatio? Monach. 1830 §. 2.

Digitized by Google

nicht werth sind[18]). Auf diesen indirekten Zwang des Eigenthümers zur Instandhaltung und Ausbesserung seiner Gebäude durch die Kaution deuten unzweifelhaft hin l. 9 §. 5 D. h. t.: „Idem ait: eum quoque fructuarium, qui non reficit, a domino utifrui prohibendum. Ergo si de damno infecto non cavet, dominusque compulsus est repromittere, prohiberi debet frui.“ — l. 18 §. 2: — „quia reficiendi facultatem habet“ — l. 20 D. h. t. — „quia refectio aedium ad ejus ipsius onus pertinet;“ — l. 24 §. 8 D. h. t.: — „quod damnum datum est, cui nulla ope occurri potest, stipulationem non tenere.“ — (cfr. ferner l. 24 §. 10—12, l. 15 §. 31 D. h. t.). Andernseits aber, da es sich um einen Schaden handelt, der nur aus nachbarlicher Billigkeit ersetzt werden soll, hielt der Prätor auch den Gesichtspunkt fest, daß der bedrohte Nachbar selbst auf seiner Hut sein und durch die Forderung der Kaution den Eigenthümer an seine Refektionspflicht gewissermaßen erinnern solle[19]). Die Stipulation wegen drohenden Schadens wird deshalb als ein Akt der diligentia auf Seiten des Bedrohten, und die Unterlassung derselben als culpa von den Juristen aufgefaßt, wie sich aus folgenden Stellen ergiebt: l. 8 D. h. t.: quod forte tunc recte dicetur, quum non ipsius negligentia, sed propter aliquod impedimentum sibi non prospexit“ — l. 13 §. 2 ib. l. 18 §. 8. 9 ib.: „Venditorem autem aedium prius, quam possessionem tradat, stipulari oportet, quia hujus quoque rei culpam praestat; — „quia dum in venditoris custodia est, is stipulari debet, omnemque diligentiam em-

18) l. 10 §. 1 D. 3, 5 insulam, quam dominus quasi impar sumtui dereliquerit.“

19) Schilter, praxis juris rom. exerc. XLII §. 30 „eoque ipso legislator Romanus etiam vicini diligentiam excitare voluit, ut cautione sibi mature prospiceret.“

Digitized by Google

tori praestare.“ — l. 36 D. 19, 1. „Venditor domus ante, quam eam tradat, d. inf. stipulationem interponere debet, quia ante, quam vacuam possessionem tradat, custodiam et diligentiam praestare debet, et pars est custodiae diligentiaeque, hanc interponere stipulationem.“

Aus den bisherigen Erörterungen fließt nun von selber eine andere Eigenthümlichkeit der Kaution hervor, wir meinen ihre subsidiäre Natur, nach welcher sie nur dann gefordert werden kann, wenn dem Bedrohten nicht schon eine andere Klage auf Schadenersatz z. B. ex lege Aquilia, aus einem Kontraktsverhältniß u. s. w. zusteht oder wenn er nicht selbst die Reparatur der gefahrdrohenden Sache vorzunehmen und Ersatz der dafür aufgewandten Kosten zu fordern berechtigt ist. l. 32. l. 13 §. 2. 18 §. 2. 4. 9. l. 33 D. 39, 2. Die Regel, quod alia actione quaeri potest, id in stipulationem d. inf. omnino non deducitur, kann also nicht als eine rein positive Vorschrift gelten, sondern muß als ein organisches Produkt des innern Wesens der cautio d. inf. aufgefaßt werden[20]).

Zwar behauptet Elvers in der röm. Servitutenlehre[21]), daß die Kaution selbst nicht indirekt zur Refektion der schadhaften Sache zwingen solle und beruft sich dafür auf l. 13 §. 2 D. 39, 2. Allein diese Stelle enthält einen singulären Fall, der nicht dazu dienen kann, einen allgemeinen Grundsatz daraus zu beweisen, und der Grund, warum von dem Besitzer nicht schadhafter Gebäude die Kaution gefordert werden kann (quum non prospexerit per damni inf. stipulationem), weist

20) Westphal a. a. O. §. 220 und viele Aeltere leiten sie daraus ab, daß sie ein prätorisches Rechtsmittel sei. Allein wir wissen, daß schon vor dem Edikte wegen damnum infectum im Legisaktionen-Verfahren Rechtshilfe gewährt wurde.

21) Seite 59 und 529.

Digitized by Google

doch wieder auf die Mahnung an den Besitzer der schadhaften Gebäude hin. Ueberdies dürfte es wohl nicht rationell erscheinen, wenn man annehmen wollte, daß die Absicht des Gesetzgebers bei Gesetzen über Schadensersatz nicht vielmehr darauf gerichtet sei, daß die Beschädigung durch das Gesetz verhütet werden soll, als darauf, daß blos Schadenersatz gewährt werde. Da dies so ganz selbstverständlich ist, so hat weder der Prätor im Edikte, noch haben die Juristen in ihren Kommentaren ausdrücklich erwähnt, daß die Absicht des Gesetzes dahin gehe, daß der Eigenthümer entweder repariren oder außerdem den Schaden ersetzen soll[22]).

Aus der bisherigen Untersuchung über die allgemeinen Prinzipien, auf denen die cautio d. inf. beruht, dürfte sich aber auch ergeben, daß die Theorie, nach welcher bei der servitus oneris ferendi die Verpflichtung des Eigenthümers der dienenden Sache zur Reparatur der Wand, auf welcher das onus ruht, aus dem Rechte der cautio d. inf. hervorgehen soll, nicht gebilligt werden kann. Denn Grundsatz der letztern ist eben, daß kein direkter Zwang gegen den Besitzer einer baufälligen Sache angewendet werden soll, und daß die Unterlassung der Reparatur keine Rechtsverletzung enthält, welche an sich schon eine Klage gäbe, während bei der serv. oner. fer. die Unterlassung der Refektion schon an sich als eine Rechts-

22) Nach l. 24 §. 5. 10. 11 D. h. t. soll Ersatzleistung nicht Statt finden, wenn eine Ueberschwemmung den Grund des Hauses unterwühlt und dasselbe sofort zusammenstürzt. Wenn es aber später erst zusammenstürzt soll Ersatzleistung eintreten. Offenbar deshalb, weil der Eigenthümer inzwischen Gelegenheit hatte, den Mangel zu repariren. Den Römern war übrigens eine direkte Verurtheilung zum Repariren nicht unbekannt, wie wir aus l. 7 D. 8, 5 wissen. „Res ipsa haec est, ut jubeat adversarium judex emendare vitium parietis, et idoneum praestare.“ Donell, comm. lib. XV cap. 47 §. 2 sagt: damni seu arcendi seu sarciendi causa si rebus integris stipulamur una haec ratio est communis.

Digitized by Google

verletzung erscheint, die sofort mittelst Klage verfolgt werden kann[23]). Endlich ist die Klage nicht etwa eine actio in factum, die mit der cautio d. inf. in Verbindung steht, sondern sie wird als dingliche und geradezu als Servitutenklage (actio confessoria) bezeichnet; der Ursprung der Refektionspflicht muß also in dem Wesen der Servitut selbst zu suchen sein.

§. 3.

Die Wurzel der Caution ist — wie wir gesehen haben — die aequitas, und der Boden, auf welchem sie emporwächst, ist das Nachbarverhältniß. Die Befugniß, sie zu fordern, geht aus dem Edikt des Prätors hervor, die Klage selbst auf Schadensersatz aus der prätorischen Stipulation. Daher bemerkt Unterholzner ganz richtig, daß zwar der Anspruch auf Ersatzleistung bei der cautio d. inf. von den obligationes ex lege verschieden, aber doch wiederum mit ihnen nahe verwandt, und in dem Lehrgebäude mit ihnen zu verbinden sei[24]).

Es läßt sich dagegen wohl nicht rechtfertigen, wenn andere Rechtslehrer die Caution zu den obligationes ex delicto oder zu den Verbindlichkeiten aus deliktsähnlichen Gründen zählen[25]), was mit dem Grundsatze, daß es in der Regel ohne vorgängige Caution keine Klage auf Schadensersatz giebt und mit den Vorschriften über die mäßige Würderung des Schadens sich nicht füglich vereinigen läßt. Man hat auf l. 24 §. 3 D. h. t. dabei sich

---

23) Eine Klage auf Schadensersatz ohne vorgängige Stipulation ist ein Institut, was mit der cautio d. inf. nichts gemein hat. Allerdings kommt bei dieser ausnahmsweise eine solche Klage (in factum actio) vor; aber Mühlenbruch will die Refektionspflicht bei der serv. oneris ferendi doch nicht auf die Ausnahme, sondern auf die Regel stützen. Vergl. noch Elvers, die römische Servitutenlehre, S. 58. Rechtslexikon v. Weiske, B. X S. 167.

24) Unterholzner, Schuldverhältnisse Thl. II S. 714.

25) z. B. v. Bangerow, Leitfaden Thl. III §. 678.

Digitized by Google

ſtützen wollen: „Haec stipulatio utrum id solum damnum contineat, quod injuria fit, an vero omne damnum, quod extrinsecus contingit? Et Labeo quidem scribit: de damno dato non posse agi, si quid forte terrae motu, aut vi fluminis, aliove quo casu fortuito acciderit.“

Allein es iſt bei dieſer Stelle wohl zu beachten, daß Ulpian nicht direkt die von ihm aufgeworfene Frage beantwortet, ſondern nur — wie auch die folgenden §§. 4. 5. 6. 8. 9. 10. 11 ergeben — dahin ſeine Meinung fixirt, daß eine Verpflichtung zu Erſatzleiſtung nicht angenommen werden könne, wenn die Urſache des Schadens zunächſt in einer vis major zu ſuchen iſt. „Quod damnum datum est, cui nulla ope occurri poterat, stipulationem non tenere.“ — Von einem damnum culpa datum kann hier keine Rede ſein. Denn gerade der Mangel einer eigentlichen culpa und einer abſoluten Widerrechtlichkeit, (weshalb die actio ex lege Aquilia, actio negatoria oder eine andere Klage nicht Statt haben konnte) bewog den Prätor, die Caution einzuführen, um für Fälle von Beſchädigungen, wo dieſe und andere Klagen nicht auslangten, dem Beſchädigten ein Schutzmittel zu gewähren (ut nova sit actio)[26]). Injuria bedeutet aber nicht immer das ſubjektive Unrecht, ſondern auch das objektive, ohne Rückſicht auf Verſchuldung, l. 2. §. 10. 11 D. 43, 8.

Die Caution iſt verwandt mit den Noxalklagen. Wir finden die Verwandtſchaft beider Rechtsmittel in l. 7 §. 1 D. h. t. mit den Worten angedeutet: quum enim animalia, quae noxam commiserunt, non ultra nos soleant onerare, quam ut ea noxae dedamus, multo magis ea, quae anima carent, ultra nos non debent onerare.“ Der Eigenthümer leiſtet Erſatz nicht wegen ſeiner injuria, ſondern als Vertreter

26) l. 1 §. 2 D. 46, 5. Burkhardt a. a. O. S. 7.

Digitized by Google

(defensor) der schadenden Sache. Das anima carere bedingt eine Verschiedenheit beider Rechtsinstitute. Unsere Gebäude, unsere Anlagen, weil sie des Lebens und der selbstständigen Bewegung entbehren, kommen mit andern Menschen und Sachen natürlich nicht in jene häufige Beziehung und Berührung, wie das bei Thieren und bei Sklaven der Fall ist. Bei diesen war ein Vorsehn und Sicherstellen durch Caution geradezu unausführbar, und es mußte direkt eine Klage auf Schadensersatz gegeben werden, wenn überhaupt dem Beschädigten geholfen werden sollte. Ob aber ein Gebäude oder ein anderes erst vom Menschen mit dem Boden verbundenes und daher auch von ihm zu erhaltendes Werk Schaden droht, kann der bedrohte Nachbar meistens voraussehen; deswegen kann er nur eine cautio d. inf. verlangen, und muß, wenn er dies verabsäumt hat, den Schaden sich selbst zuschreiben [27]). Nach der Auffassungsweise der römischen Juristen nahm man dagegen als Grundlage der Noxalklagen eine Zurechnung (culpa) der Sklaven und Thiere selbst an, und der Herr hatte sie nur als ihr natürlicher und gesetzlicher Vertheidiger zu vertreten [28]). Diese Zurechnung kann jedoch bei Gebäuden, Bäumen, Anlagen und dergl., quae anima carent, nicht gedacht und nicht einmal fingirt werden; daher das gesetzliche Medium der Caution für den Herrn und Eigenthümer, als Vertheidiger dieser leblosen Sachen. Ich kann deshalb nur eine Spekulation erblicken in der Ihering'schen Aeußerung [29]), daß die Caution dazu diene, das Moment der Verschuldung im Voraus festzustellen, sie enthalte gleich der interpellatio bei der mora die rechtzeitige

27) Huschke, Gajus, S. 209.

28) Unterholzner, Schuldverhältnisse, Thl. II S. 709. 710. v. Bangerow, Leitfaden III, S. 581.

29) Das Schuldmoment S. 27. Pernice, M. Anth. Labeo S. 117 substituirt der culpa hier das vitium aedium, operis etc. Vgl. §. 8.

Digitized by Google

Erinnerung des Eigenthümers an seine Pflicht. — Welche? seine Sachen in Stand zu halten? Wo steht davon geschrieben?

III. Verhältniß der cautio d. inf. zu anderen Klagen.

§. 4.

Wir betrachten nunmehr die Caution in ihrem Verhältniß zu anderen Klagen, die ebenfalls auf Schadensersatz gehen, oder sonst in den Rechtsquellen mit der Caution in Beziehung gebracht werden. Wir haben früher schon die operis novi nuntiatio erwähnt, als vorbereitendes Rechtsmittel zur Erlangung der Caution (l. 1 §. 17. 19 D. 39, 1: „nuntiamus autem, ut damni infecti caveatur ab eo, qui in publico vel privato aliquid molitur“;) ingleichen die Prohibition mit dem ihr nachfolgenden interdictum quod vi aut clam (l. 3 §. 6 D. 43, 24: sed et si quis damni inf. paratus sit cavere, quum propter hoc tantum esset prohibitus, quia d. inf. non repromittebat, consequens est dicere, desinere eum vim facere.) Es kann aber auch die Caution gleichzeitig neben diesen Rechtsmitteln vorkommen und gefordert werden, wobei jedes jedoch seinen besonderen Zweck verfolgt. Derselbe Fall kann eintreten bei der Negatorienklage, wie aus l. 13 §. 10 D. h. t. hervorgeht:

„Si quis opus novum nuntiaverit, an nihilo minus damni inf. ei caveri debeat? Julianus tractat. Et magis probat, caveri oportere: nam et ei, qui egerit, jus adversario non esse, altius tollere aedificium, caveri debere. Item eum, adversus quem interdictum quod vi aut clam competit, cavere debere, Julianus ait, quia non est cautum neque de vitio aedium, neque de damno operis.“

Digitized by Google

Die Schlußworte dieſer Stelle haben den älteren Interpreten viel Schwierigkeiten bereitet, jedoch, wie mir ſcheinen will, ohne genügende Veranlaſſung. Ich glaube, daß ſie einfach ſich auf den Schaden beziehen, welchen die Gebäude durch ihren Einſturz oder ſonſt dem Kläger zufügen können. Dieſen Schaden wird er, wenn er nicht obſiegt, in keinem Falle mit jenen Rechtsmitteln zugleich mit verfolgen können, und es muß ihm daher geſtattet ſein, neben dieſen Rechtsmitteln noch auf Beſtellung der cautio damni infecti anzutragen [30]). Eben ſo unentbehrlich wird Letztere auch in Anſehung des Schadens ſein, welcher dem Kläger durch Beſeitigung des Neugebauten oder des neuen Werks und bei Herſtellung des vorigen Zuſtandes, wozu Beklagter verurtheilt wird, zugefügt werden kann. Zu gleichem Zwecke begegnet ſie uns auch im Geleite der aquae pluviae arcendae actio l. 4 §. 2. l. 5 D. 39, 3.

Was die actio ex lege Aquilia betrifft, ſo iſt bekannt, daß ſie ein damnum corpore corpori datum vorausſetzt, daß aber ihre Bedeutung durch utiles und in factum actiones erweitert worden iſt. Solche Erweiterungen finden wir in Anſehung des erſten Kapitels der lex Aquilia darin, daß gegen Den, welcher nicht ſelbſt getödtet hat, aber mortis causam praestitit, eine actio in factum gegeben wurde, hinſichtlich des dritten Kapitels darin, daß gegen Denjenigen, welcher nicht corpore corpori Schaden zugefügt hat, ſondern nur causam oder occasionem damni praestitit, eine actio in factum gewährt wird, wenn nur ein damnum corpori datum vorhanden iſt. Endlich aber wurde auch die lex Aquilia in ſofern erweitert, als man ihre Wirkſamkeit auf Fälle ausdehnte,

30) Es iſt alſo in dieſer Stelle weder davon die Rede, wer überhaupt die Caution zu fordern berechtigt ſei, noch ſtreitet ſie gegen die Subſidiarität der Caution, weil die fraglichen Rechtsmittel auf ganz andere Objekte (damna) gerichtet ſind. Anders die Glossa ad h. l.

Digitized by Google

wo nicht ein damnum corpori datum (Verderben oder Vernichten von Sachen) in Frage kam, in denen aber für den Beschädigten derselbe Erfolg bewirkt wurde, als wenn die Sachen wirklich verderbt oder vernichtet worden wären, l. 27 §. 21 D. 9, 2[31]). Immer aber muß Dreierlei als Voraussetzung der actio ex lege Aquilia festgehalten werden:

1) Es muß ein damnum culpa datum vorhanden sein, d. h. ein Schaden, dessen Ursache in der Handlung (factum) eines Andern zu finden ist und diesem zugerechnet werden kann, weil er den eingetretenen Erfolg seiner Handlung bei dem Maße von Erfahrung, Sorgfalt und Vorsicht, welches man im bürgerlichen Verkehr einem Jeden zutrauen darf, hätte voraussehen und vermeiden können.

2) Eine positive Handlung (ein facere) muß Ursache des Schadens sein, und die Klage ist nicht zulässig, wenn ein Schaden durch bloße Unterlassungen herbeigeführt worden ist. Wenn in den Rechtsquellen einzelne Beispiele vorkommen, in denen die Aquilia auch bei bloßen Unterlassungen gestattet zu werden scheint, so ist dies eben nur Schein, denn jene Unterlassungen stehen im Gefolge einer positiven Thätigkeit, zu der man durch Gesetz oder Vertrag verpflichtet ist, oder deren Gefährlichkeit für Andere die Verpflichtung zur Vorsicht und zu einer besonderen Thätigkeit auferlegt[32]). Dies ist z. B. der Fall bei dem Gebrauche des Feuers, bei ärztlichen Operationen, bei Handlungen, die wir an einem gangbaren Wege vornehmen. Je näher hierbei eine Gefahr für Andere in unserem Thun begründet liegt, je leichter wir eine Beschädigung

31) Glück, Komm. B. X S. 306, beſ. 319 ff. Bangerow, Leitfaden B. 3 §. 681. Sintenis, prakt. Civilrecht 3. B. S. 771 §. 125. Unterholzner, Schuldverhältnisse B. 2 S. 694. Weiske, Rechtslexikon, B. IX S. 630 ff.

32) Buſch, Arch. f. civ. Prax. B. 45 S. 139.

Digitized by Google

Anderer dabei vorsehen können, um so dringender sind wir gemahnt, der Gefahr vorzubeugen, und die Pflicht, die hierzu erforderliche Thätigkeit eintreten zu lassen, fließt ungezwungen aus dem Begriffe der culpa. Dies ergiebt sich klar aus den betreffenden Beispielen in §. 5. §. 6 Inst. ad leg. Aquiliam, l. 8 pr. l. 27 §. 9. l. 31 D. ad l. Aquil. (9, 2), insbesondere aber aus dem letzten Beispiele. Der Baumabschneider, welcher ohne zu warnen, den abgeschnittenen Ast herabwirft, und Jemand beschädigt, soll für levissimam culpam haften, wenn an dem Orte, wo er arbeitet, ein Weg vorüber führt; er haftet nur für dolus, wenn kein Weg vorüberführt. Wir sehen also, der Grund der Klage liegt nicht objektiv in der Unterlassung, sondern die Unterlassung wird relativ erst zur culpa durch die besondere Gefährlichkeit einer positiven Handlung für Andere[33]).

3) Nicht jede Beschädigung unterfällt der lex Aquilia, sondern nur eine Beschädigung von Sachen oder Körpern.

Es lassen sich aber noch Beschädigungen Anderer denken, welche nicht der actio ex l. Aquilia unterfallen, weil entweder culpa bei dem Urheber des Schadens nicht vorhanden, oder weil der Schaden in Folge einer bloßen Unterlassung (omissio) eingetreten, oder endlich weil nicht eine Beschädigung von Sachen oder Körpern, sondern in anderer Weise ein Schaden zugefügt worden ist. Diese Lücke in dem Klagensystem zu ergänzen ist die cautio damni infecti bestimmt[34]).

Dies bestätigt in Ansehung des Schadens, bei welchem culpa mangelt, Paulus in l. 18 §. 4 D. h. t.:

---

33) Ganz richtig bemerkt schon Glück a. a. O. S. 320: „Wäre die Klage aus dem Aquilischen Gesetz auch schon wegen einer schädlichen Unthätigkeit begründet, so wären die cautio usufructuaria und die cautio damni infecti ganz überflüssig.“ Desgl. Unterholzner a. a. O. not. 6.

34) Dieselbe Ansicht behandelt ausführlich Reinhardt, Archiv f. civ. Prax. B. 30 S. 221 ff.

Digitized by Google

Quia invicem ex locato et conducto habent actiones, in quas tamen actiones ultra culpam nihil venit; plus autem in stipulatione venit damni infecti, quod quidem vitium ejus[35]) esse dicitur.“ Hiermit will Paulus offenbar nichts anderes ſagen, als daß zur Begründung unſerer Caution und der actio ex stipulatu nicht — wie bei den Kontraktsklagen oder bei der actio ex lege Aquilia — der Nachweis einer culpa des Urhebers erfordert werde, ſondern daß es hier ſchon genüge, wenn ein vitium aedium, loci oder operis, als Urſache des drohenden Schadens, vorhanden ſei. Ausgeſchloſſen iſt nur der Schade, welcher durch Dritte oder durch die natura loci oder durch gewaltſame Naturereigniſſe herbeigeführt worden iſt. Abgeſehen von dieſen Rückſichten kommt nichts darauf an, ob von dem Caventen der Eintritt des Schadens vorausgeſehn werden konnte, noch weniger ſchützt den Caventen vor der Erſatzpflicht, wenn er den Nachbar vor der drohenden Gefahr warnt, während bei der Aquiliſchen culpa gerade hierauf bisweilen ein großes Gewicht gelegt wird. Si neque denuntiatum est, l. 28 §. 1 und: „Culpam autem esse, quod quum a diligente provideri potuerit, non esset provisum, aut tum denuntiatum esset, quum periculum evitari non posset“, l. 31 D. 9, 2. Wenn ich daher mein baufälliges Haus nach beſtem Wiſſen und mit aller Sorgfalt reparire, es ſtürzt aber in Folge eines mir unbekannt gebliebenen Mangels ſpäter doch noch ein, und beſchädigt meinen Nachbar, ſo haſte ich doch aus der Stipulation für den Schaden. Oder wenn ich ein Gewerbsetabliſſement mit aller Vorſicht errichte und es mit Umſicht und Be-

35) Reinhardt l. c. S. 227 vermuthet, daß ſtatt ejus eigentlich extrinsecus geſtanden habe. Das ejus läßt ſich aber ganz wohl erklären, wenn man es auf damnum infectum bezieht. Ueber die Bedeutung von vitium weiter unten. Die Ueberſetzung im deutſchen corp. jur. „Die Laſt der Stipulation“ beruht wahrſcheinlich auf einem Schreibfehler; falſch iſt ſie jedenfalls.

Digitized by Google

sonnenheit betreibe, die Ausübung des Gewerbes aber beschädigt (z. B. durch Hämmern, Pochen oder andere Art von Erschütterung) des Nachbars Grundstück, so bin ich dennoch in Folge der geleisteten Caution ihm den Schaden zu ersetzen verbunden.

Was den zweiten Punkt anlangt, wenn nicht ein Thun, sondern ein bloßes Unterlassen Ursache des Schadens ist, so bezeichnet Ulpian ihn sehr treffend in l. 13 §. 2 D. 7. 1, wo er von der cautio usufructuaria handelt: „Denique consultus: quo bonum fuit, actionem polliceri Praetorem, quum competat legis Aquiliae actio? respondit (Julianus): quia sunt casus, in quibus cessat legis Aquiliae actio; ideo judicem dari, ut ejus arbitratu utatur fruatur. Nam qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus corrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur.“ Wenn also Jemand bei dem Bau eines Hauses so nachlässig und leichtfertig verfährt, daß es vor der Vollendung zusammenstürzt und den Nachbar beschädigt, so steht diesem die actio ex lege Aquilia zu. Wenn aber der Einsturz der Gebäude nur Folge davon ist, daß der Eigenthümer die nöthigen Reparaturen unterlassen hat, so kann der Nachbar nur mittelst der Caution sich Ersatz des Schadens verschaffen.

In Ansehung des dritten Punktes, wenn nämlich nicht ein direktes Verderben oder Vernichten von Sachen, sondern eine Beschädigung in anderer Weise bewirkt worden ist, begnügen wir uns auf folgende Beispiele zu verweisen: Die Caution soll zulässig sein, wenn Jemand auf seinem Grund und Boden so tief gräbt, daß durch die Lockerung des Erdreichs die Mauer oder Wand des Nachbars nicht mehr stehen kann, l. 24 §. 12 D. h. t., wenn die Miethsleute ausziehen, weil das Nachbarhaus mit dem Einsturze droht, oder wenn deshalb Niemand daneben einmiethen will, l. 28. l. 29 D. h. t.

Digitized by Google

Ueber das Verhältniß der Caution zur Negatorienklage siehe §. 57 u. 58.

IV. Von dem Schaden, welcher bei der cautio d. inf. in Betracht kommt.

§. 5.

Wir haben nun die Frage zu erörtern, welcher Schaden bei der Caution in Rücksicht und zum Ersatz kommt. Im Allgemeinen jeder Schaden, der aedium, loci, operisve, arborum locive vitio zu befürchten steht (damnum quod futurum veremur); und vitium aedium et loci ist, quod accidens extrinsecus infirmiores eas facit[36]).

Was unter damnum überhaupt zu verstehen sei, darf als bekannt vorausgesetzt werden; in unserem Pandektentitel de damno infecto l. 2 giebt Paulus folgende Definition: „Damnum et damnatio ab ademtione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt“[37]). Die weiteren Voraussetzungen, unter denen wegen eines Schadens die Caution und bezügl. die actio ex stipulatu Statt haben, liegen theils auf Seiten Desjenigen, der die Caution leisten soll, theils auf Seiten des Bedrohten, der sie fordert.

I. In Ansehung Desjenigen, der die Caution leisten soll, ist zu bemerken:

1) Nur der Schade ist zu ersetzen, der in dem Verhalten des Caventen, namentlich in seiner Unthätigkeit seine wirkliche Ursache findet[38]).

---

36) l. 19 §. 1. l. 24 §. 2. 3. 9. 12 h. t. l. 3 eod. vgl. mit l. 18 D. 46, 8. Ueber accidens extrinsecus unten §. 8.

37) Glück, Komm. B. IV. S. 313 ff. Unterholzner, Schuldverhältnisse Thl. I. S. 253. Bangerow, Leitfaden Thl. III. S. 42.

38) Cicero Top. cap. 4. „Omnibus est jus parietem directum ad

Digitized by Google

Hiernach wird also nicht ersetzt:

a) Der Schaden, welcher nicht vitio aedium, loci, oder operis, sondern durch Naturereignisse, durch die Gewalt der Elemente, aliove casu fortuito sich ereignet hat, von welchem also gewiß ist, daß er ohne jene ungewöhnlichen Ereignisse nicht eingetreten sein würde; l. 24 §. 3 D. h. t.: „Et Labeo quidem scribit de damno dato non posse agi, si quid forte terrae motu, aut vi fluminis, aliove quo casu fortuito acciderit.“ l. 24 §. 4 eod.: „Servius quoque putat: Si ex aedibus promissoris vento tegulae dejectae damnum vicino dederint, ita eum teneri, si aedificii vitio id acciderit, non si violentia ventorum vel qua alia ratione, quae vim habeat divinam. Labeo et rationem adjicit: quod, si hoc non admittatur, iniquum erit; quod enim tam firmum aedificium est, ut fluminis aut maris aut tempestatis aut ruinae, aut incendii aut terrae motus vim sustinere possit? Derselbe Unterschied wird auch gemacht, wenn Bäume vom Winde abgebrochen werden und Schaden anrichten; ist der Schaden lediglich der Gewalt des Windes zuzuschreiben, so findet eine Ersatzpflicht nicht Statt, wohl aber, wenn die Bäume alt und morsch waren, so daß sie deswegen umbrechen mußten; l. 24 §. 9 eod. Ausgeschlossen wird also die Ersatzpflicht nur bei dem Schaden, welchem durch menschliche Kraft und Vorsicht nicht gesteuert werden kann, oder wie Cassius l. 24 §. 8 eod. sagt: „damnum, cui nulla ope occurri poterat“. Aehnliche Grundsätze werden auch bei der Aquilischen Klage befolgt; „sed si

parietem communem adjungere, vel solidum vel fornicatum: at si quis in pariete communi demolliendo damni infecti repromiserit, non debebit praestare, quod fornix vitii fecerit: non enim ejus vitio, qui demolitus est, damnum factum est, sed ejus operis vitio, quod ita aedificatum est, ut suspendi non posset.“ Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, Thl. II. S. 142, 143, 146. Hierher gehören ferner l. 18 §. 1. l. 43 §. 2 D. 39, 2.

Digitized by Google

tanta vis facta sit navi, quae temperari non potuerit, nullam in dominum dandam actionem“ — l. 29 § 4. und §. 2. 3 D. 9. 2.

Wenn dagegen durch Naturereigniſſe und die Gewalt der Elemente zwar die gefahrdrohende Beſchaffenheit von Gebäuden, Grundſtücken und Anlagen herbeigeführt worden, der Schaden ſelbſt aber erſt nach einigem Zwiſchenraum eingetreten iſt, ſo daß der Eigenthümer derſelben Zeit gehabt hat, den Schaden ſelbſt durch Wegnahme oder Reparatur zu verhüten, ſo iſt er zum Erſatz des Schadens verpflichtet; l. 24 §. 5 D. h. t.: „Si autem aqua vitiet fundamentum, et sic aedificium ruisset, committi stipulationem ait; multum enim interesse, quod erat alioquin firmum, vi fluminis lapsum sit protinus, aut vero sit vitiatum, deinde sic deciderit[39]).

b) Wenn der Schaden durch die Verſchuldung eines Dritten herbeigeführt worden iſt; z. B. wenn wegen eines Backofens vom Eigenthümer die Caution geleiſtet war, und durch die Schuld des Bäckers ſpäter ein Schaden zugefügt worden iſt, findet Erſatzleiſtung Seiten des Caventen nicht Statt; l. 24 §. 7 D. h. t.: „Praeterea si furni nomine damni infecti fuerit cautum, deinde furnarii culpa damnum datum fuerit, non venire in hanc stipulationem, plerisque placuit“[40]). Vorausgeſetzt wird, daß Derjenige, welcher die Caution geleiſtet hat, den Urheber der ſchädlichen Handlung daran nicht verhindern konnte; l. 24 §. 6: „Quanquam autem stipulatio committitur, cum vitio operis damnum factum sit,

---

39) Vergl. noch l. 24 §. 11 D. eod. und Reinhardt a. a. O. S. 228 not. 35. Burkhard a. a. O. S. 140 ff.

40) Reinhardt a. a. O. S. 229 not. 42. Weſtphal a. a. O. §. 299. Furnarius, wer das Backen als Gewerbe betreibt, ἰπνοκαύστης, ἰπνοπόλος. — Hierher gehört noch das Beiſpiel aus Cicero top. 4, welches unter No. 1 a angeführt worden.

Digitized by Google

tamen si opus factum est ab eo, quem promissor prohibere non potuit, stipulatio non committetur. Plane si prohibere potuit, committetur. Sed si quis promissoris nomine fecerit, vel ejus, pro quo promissum est, aut alius, qui prohiberi potuerit, stipulatio ista committetur". Dies Verhindern deutet auf die Herrschaft (potestas) hin, welche über Sklaven und Hauskinder Statt findet, und es kommen hier dieselben Grundsätze zur Anwendung, wie bei den Noxalklagen; l. 2 §. 1. l. 3. l. 4 pr. D. de act. nox. 9, 4. Es wird aber diese Vorschrift auch auf das Verhältniß der Dienstherrschaft zu ihrem Gesinde und ihren Dienstboten heut zu Tage ausgedehnt werden dürfen, weil auch diese unserer Aufsicht und unseren Befehlen unterworfen sind. Dagegen gibt z. B. der Miethvertrag an sich dem Vermiether kein Verhinderungsrecht.

Der Grund des Schadensersatzes bei der cautio d. inf. ist also lediglich darin zu suchen, daß der Promissor unterlassen hat, die Beschaffenheit seiner Bauwerke und Grundstücke, welche Schaden drohen, durch Reparaturen u. s. w. abzuändern, daß er alte, morsche Bäume nicht umgehauen und entfernt hat[41]), oder daß er überhaupt Anlagen unternommen hat, welche in das Eigenthumsgebiet des Stipulator schädlich hinüberwirken, mag er auch noch so vorsichtig und regelrecht bei der Einrichtung der Anlage verfahren sein.

Wenn also der Niederschlag von Steinkohlenfeuerung, wenn die ammoniakalischen Dämpfe der Kooks sich in das Nachbargrundstück verbreiten und dort die Luft verderben, Gewächsen und andern Gegenständen Schaden zufügen, wenn die zur Bereitung von Gas erforderlichen oder dadurch erzeugten Flüssigkeiten in die Erde eindringen und dort durch die Verbindung mit dem Grundwasser auch die Brunnen des Nachbars verderben, so

41) Deshalb haftet er nicht, wenn der Schaden lediglich natura loci begründet worden ist, l. 24 §. 2 D. h. t.

Digitized by Google

ist hier überall — wiewohl und weil eine direkte und wirkliche Immission nicht Statt findet — die cautio d. inf. begründet[42]).

Dasselbe ist der Fall, wenn Jemand ein Werk einrichtet oder ein Geschäft betreibt, welches so starke Erschütterung des Bodens hervorbringt, daß das Nachbarhaus Risse bekömmt oder sonst Schaden erleidet[43]), daß die Miethsleute des Nachbars wegziehen und Niemand mehr bei ihm einmiethen will, oder daß der Nachbar im Betriebe seiner Viehwirthschaft oder seines Gewerbes als Pferdehändler verhindert oder beschädigt wird[44]). Nur ist in allen diesen Fällen zwischen einer bloßen Belästigung des Nachbars und einem ihm zugefügten wirklichen Schaden zu unterscheiden (§. 6).

Die römischen Juristen lassen die Caution auch gegen den dritten Nachbar zu, wenn er neben einem schadhaften Hause Gebäude besitzt, die in gutem Stande sind und nicht durch Forderung der Caution von dem Besitzer des schadhaften Hauses sich vorsieht. In diesem Falle soll deshalb sowohl vom dritten Nachbar als auch vom Besitzer des baufälligen Hauses die Caution gefordert werden können, und wahrscheinlich von Beiden darum, weil alle Einreden hinsichtlich des Kausalnexus abgeschnitten werden sollten, indem der nächste Nachbar einwenden könnte, daß sein Haus nicht den Schaden verursacht habe, weil es im

42) In diesen Fällen hielt das OAGericht zu Dresden die Negatorienklage für zulässig (Wochenbl. 1849 S. 201 ff.). Dies bezweifle ich, weil keine direkte Immission stattfindet.

43) In diesem Falle halten das OAGericht zu Dresden wie zu Jena die cautio d. inf. für begründet.

44) Vergl. noch unten §. 22. Ich kann Sintenis a. a. O. S. 795 not 40 nicht beistimmen, wenn er sagt: Die prinzipielle Auffassung sei zum Theil selbst sehr wankend, theils die Anwendung der Prinzipien mit Sicherheit oft kaum möglich. Man muß nur genau die beiden Fälle unterscheiden, ob die Caution gefordert wird wegen eines Habere (aedium loci operisve facti vitium) oder wegen eines facere (operis vitium), und bezüglich des immittere scharf unterscheiden.

Digitized by Google

guten Stande gewesen, der dritte Nachbar aber vorschützen könnte, sein Haus sei nicht Ursache des Schadens, weil es nicht auf das Grundstück des Caventen gestürzt sei, sondern auf das des in Mitten liegenden Besitzers; l. 13 §. 2 „Cum inter aedes meas et tuas sint aliae aedes non vitiosae, videndum est, utrum tu solus mihi cavere debeas, an vero et is, cujus aedes vitiosae non sunt, an ille solus? Et magis est, ut ambo cavere debeant, quia fieri potest, ut aedes vitiosae in aedes non vitiosas incidentes damnum mihi dent, quamvis possit dicere, non vitio incolumium aedium hoc factum, si aliae in eas incidentes damni causam praebuerint; sed quum sibi prospicere potuerit per damni infecti cautionem, nec prospexit, merito convenietur“ [45]). Diese Bestimmung ist offenbar singulärer Natur und beruht mehr auf den oben angedeuteten Zweckmäßigkeitsrücksichten als auf rechtlicher Konsequenz. Es läßt sich die Klage gegen den nächsten (unschuldigen) Nachbar nur damit rechtfertigen, daß er quum sibi prospicere potuerit, non prospexit, nämlich mittelst der Caution, durch die er den Nachbar zur Reparatur u. dgl. indirekt nöthigen kann.

§. 6.

Auf Seiten des Bedrohten resp. Beschädigten muß vorhanden sein:

a) ein wirklicher Vermögensverlust (damnum verum); dieser bestehe nun entweder in Beschädigung seiner Sachen und überhaupt Verminderung seines vorhandenen Vermögens, oder in Entziehung von Vortheilen oder künftigem Gewinn, auf welchen derselbe ein wohlerworbenes Recht hat (damnum emergens et lucrum cessans). Ein Schaden hingegen, wel-

45) Eine ähnliche Bestimmung kommt bei der aquae pluv. arc. actio vor in l. 6 pr. D. 39, 3.

Digitized by Google

cher nur in Entziehung von zufällig genossenen Vortheilen und Annehmlichkeiten besteht, die wir nicht zu unserm Vermögen rechnen können, weil wir kein wohlerworbenes Recht darauf haben, sondern die wir nur so lange genießen, als sie der Nachbar nach seinem Belieben uns genießen läßt, kommt bei der cautio d. inf. nicht in Betracht[46]). Es kommen also im Ganzen die hinsichtlich des Schadensersatzes überhaupt geltenden Grundsätze hier zur Anwendung. — Der Gegensatz zwischen dem lucrum cessans, welches ersetzt werden muß, und dem lucrum, welches nicht ersetzt wird, ist in l. 24 §. 12 u. in l. 26 D. h. t. scharf hervorgehoben. l. 24 §. 12: „Item videamus, quando damnum dari videatur? Stipulatio enim hoc continet, quod vitio aedium, loci, operis damnum fit; ut puta in domo mea puteum aperio, quo aperto venae putei vicini praecisae sunt, an tenear? Ait Trebatius, non teneri me damni infecti; neque enim existimari operis mei vitio damnum tibi dari in ea re, in qua jure meo usus sim. Si tamen tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit, damni inf. stipulatio committetur."

l. 26: „Proculus ait: cum quis jure quid in suo faceret, quamvis promisisset damni infecti vicino, non tamen eum teneri ea stipulatione, veluti si juxta mea aedificia habeas aedificia eaque jure tuo altius tollas, aut si in vicino tuo agro cuniculo vel fossa aquam meam evoces; quamvis enim et hic aquam mihi abducas, et illic luminibus officias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere, scilicet quia non debebat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur, multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro,

---

46) Reinhardt, a. a. O. S. 238. Bangerow, Leitfaden B. 3 §. 571, 3. Burkhard a. a. O. S. 52 ff. S. 130.

Digitized by Google

quod adhuc faciebat, uti prohibeatur. Mihi videtur vera esse Proculi sententia.“

Wenn ich also in meinem Gehöfte so tief grabe, daß des Nachbars Mauer zusammenstürzt, so soll ich aus der Caution für den Schaden haften; wenn ich aber in meinem Grund und Boden einen Brunnen grabe und dadurch die Adern abschneide, welche dem Brunnen des Nachbars das Wasser zuführen, so bin ich nicht zu Schadensersatz verbunden, eben so wenig, als wenn ich mein Haus höher baue und dadurch dem Nachbar-Hause das Licht schmälere. Wenn dennoch in l. 25 ib. gesagt wird: „Trebatius ait: etiam cum accipere damnum, cujus aedium luminibus officiatur“; so kann uns das kein Bedenken erregen, noch uns veranlassen, dabei eine servitus altius non tollendi vorauszusetzen[47]). Vielmehr ist offenbar diese Stelle von den Kompilatoren nur der Erläuterung halber und um den Gegensatz recht scharf hervorzuheben, hier eingefügt worden und mit l. 26 im Zusammenhange aufzufassen. Denn allerdings wird unter damnum bisweilen auch die Entziehung jedes commodum oder lucrum, wie oben die Verminderung des Lichtes dadurch, daß ein Anderer höher baut, verstanden. Dies ist der Fall, wenn Jemand in publico einen Bau oder eine andere Anlage errichtet; hier berechtigt schon die Entziehung eines Vortheils oder einer Annehmlichkeit zur Verhinderung des Werks mittelst des Interdictum ne quid in loco publico fiat, l. 2 §. 11 D. 43, 8:

47) Reinhardt a. a. O. S. 282 not. 51 sagt: Trebatius scheint der Ansicht gewesen zu sein, daß die Caution auch auf das Verbauen einer Aussicht sich erstrecken müsse. — Ob jedoch der Ausspruch des Trebatius überhaupt in Ansehung der Caution geschehen sei, ist aus derselben nicht zu ersehen, und wir müssen ihn nach der Stellung und dem Zusammenhange interpretiren, welchen ihm die Kompilatoren gegeben haben. Die Ansicht von Reinhardt (auch Westphal, de lib. et serv. praed. Sect. II cap. 12 §. 210) widerspricht auch der Subsidiarität der cautio damni infecti.

Digitized by Google

„Damnum autem pati videtur, qui commodum amittit, quod ex publico consequebatur, qualequale sit“ — l. 2 §. 12. 14 D. ib.[48]). Dazu lag auch vollkommener Grund vor, weil an öffentlichen Sachen allen Bürgern ganz gleiche Rechte zustehen. Ganz anders gestaltet sich aber das Verhältniß, wenn lediglich von Privatgrundstücken die Rede ist, wo dann der privatrechtliche Grundsatz sich geltend macht, in qua re jure meo usus sum, damnum tibi dare non videor; damnum autem non debet videri is facere, qui eo veluti lucro, quod adhuc utebatur, prohibetur“[49]). Dies ist offenbar der Gedankengang und der Sinn der l. 25 und 26 D. h. t.[50]). Beide Fragmente beginnen nämlich mit Trebatius ait und Proculus ait, und Ulpian schließt dann mit den Worten: Mihi videtur vera esse Proculi sententia, so daß er somit über die verschiedenen Aussprüche des Trebatius und Prokulus zu Gunsten des Letzteren entscheidet.

Uebrigens findet der in obigen Stellen ausgesprochene Grundsatz auch sonst noch Bestätigung, z. B. l. 73 §. 1 D. 47, 2: „Ejus rei, quae pro herede possidetur, furti actio ad possessorem non pertinet, quamvis usucapere quis possit, quia furti agere potest is, cujus interest, rem non surripi; interesse autem ejus videtur, qui damnum passurus est, non ejus, qui lucrum facturus esset“; und schon Donell, comm. jur. civ. lib. 15 cap. 47 erklärt in unserem Sinne die l. 26 D. h. t. also: „Quod si quid est, quod stipulator consequebatur beneficio et patientia vicini, ejus-

48) „Plane si aedificium hoc effecerit, ut minus luminis insula tua habeat, interdictum hoc competit.“

49) Damnum facere in der Bedeutung von: Schaden erleiden, Verlust haben, kommt auch bei Cicero ad Divers. VII 33. Brut. 33 vor.

50) Vergl. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, 2. Thl. S. 135.

Digitized by Google

demque promissoris; id est, si facto ejusdem domini amittit, quamvis per id opus, de quo cautum est, placet in damno non esse numerandum — Lucri enim justi ratio habenda est. Injusti lucri nulla est aestimatio. Est autem injustum lucrum, quod ex re aliena invito domino facere postules, etiam si prius concedente domino aliquamdiu eo usus fueris. Semper enim in potestate domini esse debet, beneficium suum et liberalitatem, cum velit, revocare".

Zweifel können noch in l. 26 D. h. t. die Worte erregen: „aut si in vicino tuo agro cuniculo vel fossa aquam meam avoces", ob in dieſem Falle nicht doch ein wirklicher Schaden durch Entziehung eines wohlerworbenen Rechts (aquam meam) in Frage komme. Dieſer Zweifel wird nun zwar ſchon in der lib. 26 ſelbſt durch das weiter gebrauchte Beiſpiel „et illic luminibus officias", ſowie durch die Schlußworte des Prokulus vollſtändig widerlegt; es erhellt hieraus, daß das mea aqua nur uneigentlich in der Bedeutung von „Waſſer, was ich bisher benutzt habe", gebraucht worden iſt. Allein es finden ſich auch noch andere Stellen, welche die Sache außer allen Zweifel ſetzen; ſo z. B. iſt es dem Beſitzer des höher gelegenen Grundſtücks geſtattet, dem Eigenthümer des tiefer liegenden Grundſtücks das Regenwaſſer, was ihm bisher zugefloſſen, zu entziehen, l. 1 §. 11 D. 39, 3[51]); und daſſelbe Beiſpiel von dem Abſchneiden der Adern, welche dem Brunnen des Nachbars das Waſſer zuführen, kehrt in l. 1 §. 12 und l. 21 D. 39, 3 wieder. Daß hier überall nur Quellen oder Brunnen zu verſtehen ſind, deren Waſſer von dem benachbarten Grundſtücke ihren Zufluß und ihre Nahrung erhalten, darüber vergl.

51) l. 2 §. 13 D. 43, 8: „Si quid in loco publico aedificavero, ut ea, quae ex meo ad te nullo jure defluebant, desinant defluere, interdicto me non teneri, Labeo putat."

Digitized by Google

Reinhardt, Archiv f. civ. Praxis, Band XXX, S. 235 ff., sowie §. 48 unten.

Die Vortheile aber, welche wir einem Nachbar entziehen dürfen, weil sie rein faktischer oder zufälliger Natur sind und nicht auf einem Rechte beruhen, können in andern Fällen durch den Hinzutritt eines Rechtstitels eine andere Gestalt annehmen und in ein wohlerworbenes Recht sich verwandeln, z. B. im Falle einer Servitut. So wird in l. 9 D. 8, 2 namentlich in Bezug auf das luminibus officere gesagt: Cum eo, qui tollendo obscurat aedes vicini, quibus non serviat, nulla competit actio; anders aber gestaltet sich das Verhältniß, wenn eine servitus altius non tollendi und luminibus non officiendi bestellt sein sollte. Auch in Ansehung der Entziehung des Wasserzuflusses finden wir das Beispiel einer Servitut in l. 15 pr. D. 8, 1. „Si mihi concedas, jus tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur, aliter atque si mihi concedas, jus tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere, minuendae aquae meae gratia.“ In solchem Falle involvirt natürlich die Entziehung jener rechtlich genossenen Vortheile einen wirklichen Schaden, für welchen Ersatz geleistet werden muß; nur wird dann in der Regel nicht die cautio d. inf., sondern die Servitutenklage das geeignete Rechtsmittel darbieten.

Zum Ersatz kommt nicht blos der unmittelbare Schaden, welcher z. B. durch Einsturz eines Gebäudes gestiftet wird, sondern auch der mittelbare; z. B. wenn man in Besorgniß dieses Einsturzes seine Gebäude gestützt oder sonst zu schützen versucht hat, kann man Ersatz des betreffenden Aufwandes, wenn wegen gleicher Besorgniß die Miether unser Haus verlassen haben, kann man Ersatz der uns entgehenden Miethgelder fordern. Nur muß die Besorgniß keine eitle, sondern eine in der Sachlage begründete (justus metus) sein, l. 28 h. t.

Der Schade (Vermögensverminderung), welcher zum Ersatz

Digitized by Google

gelangt, muß endlich bestehen in einer Beschädigung des Grundstücks selber, seiner Bestandtheile oder Zubehörungen, oder darin, daß das Grundstück oder die darauf befindlichen Sachen Veränderungen und Einwirkungen erleiden, welche die Bewirthschaftung oder den sonstigen Gebrauch erschweren, stören oder gänzlich verhindern[52]). Nur wird hier der gewöhnliche, dem Begriff und der bisherigen Bestimmung der Sache entsprechende Gebrauch in Rücksicht zu ziehen sein. Für Mobilien kann Ersatz nur insofern gefordert werden, als sie durch den Einsturz oder die Beschädigung der Gebäude resp. des Grundstücks mit beschädigt werden. —

Da nur eine Sachbeschädigung (Verletzung oder Verderben der Substanz) in Frage kommt, so wird für Entziehung oder Verminderung von Annehmlichkeiten und Reizen eines Grundstücks, selbst wenn sie dem Besitzer einen Gewinn bringen sollten, kein Ersatz zu leisten sein. Ist in einem Garten eine Kaffeewirthschaft z. B. etablirt und wird durch Anlegung einer Eisenbahn daneben der Besuch der Gäste vermindert, weil sie sich durch den Lärm[53]) und die jeweiligen Dampfwolken gestört fühlen, so findet ein Anspruch auf Schadensersatz nicht Statt. Friedliche Stille und reine Luft gehören nicht zur Substanz des Grundstücks und zum Eigenthum des Besitzers.

Der Schaden muß weiter von einem Grundstück oder dessen Bestandtheilen ausgehen, entweder unmittelbar aus der Beschaffenheit des Grundstücks oder der Anlagen darauf, oder so, daß durch eine Thätigkeit darauf, sei es an sich selber, oder durch ihren Erfolg die Ursache des Schadens gegeben wird. Die beiden Grundstücke werden prinzipiell als Urheber und Trä-

52) Seuffert, Arch. XXXIII, 28; wegen Erschütterung, nicht wegen Rauch oder Funken, XII, 124. (Warum nicht?)

53) Seuffert, Arch. XII, 123.

Digitized by Google

ger des Schadens betrachtet; die Eigenthümer fungiren dabei als die natürlichen und gesetzlichen Vertreter[54]).

Hiernach können die Nachtheile und Belästigungen, welche durch Lärm und Getöse verursacht werden, nicht Gegenstand eines Schadensersatzes sein[55]).

§. 7.

b) Die cautio d. inf. hat ferner nur wegen desjenigen Schadens Statt, welchem sich der Kläger nicht durch eigene Verschuldung, d. h. in Kenntniß der drohenden Gefahr, ausgesetzt hat[56]). Sie kann daher nicht gefordert werden von dem Miethsmanne, welcher in ein baufälliges Haus zog, l. 13 §. 6 D. h. t.: „an inquilinis suis dominus cavere possit? Et Sabinus ait: inquilinis non esse cavendum; aut enim ab initio vitiosas aedes conduxerunt, et habent, quod sibi imputent“ —; auch nicht von dem, welcher etwas Unerlaubtes, was er durch geeignete Rechtsmittel hätte verhindern können, zugelassen hat, denn nach den Prinzipien, auf welchen unsere Caution beruht, ist auch der Bedrohte zu einer gewissen Vorsicht und Wachsamkeit verpflichtet; l. 13 §. 7 D. h. t.: „Si quis juxta monumentum aedificaverit, vel juxta aedificium suum monumentum fieri passus sit, de damno infecti ei postea cavendum non erit, quia rem illicitam admisit. Alias autem, si monumento aedificium noceat, in quo nihil sit, quod imputari possit ei, ad quem jus monumenti pertinet, cavendum est ei, ad quem jus monumenti pertinet.“

54) Hoffmann, Lehre von den Servit. II S. 284. Burkhard a. a. O. S. 130 ff.

55) Burkhard S. 234.

56) Vangerow §. 678. X. 3. Groh, Caution wegen zukünftigen Schadens S. 24. A. M. Donell, XV. 47 §. 6. Wening-Ingenheim, Civilr. §. 286. Mühlenbruch, Pand. §. 459. Burkhard a. a. O. S. 320 will in l. 13 §. 7 h. t. nur eine Ausnahme sehen.

Digitized by Google

Die Stelle bezieht ſich auf das Zwölftafelgeſetz, in welchem unter Andern verboten wurde, daß ein Grab oder Grabmal näher als ſechzig Fuß an einem fremden Gebäude errichtet werden dürfe, wie wir aus Cicero de legibus II 24[57]) wiſſen und in l. 3 D. 11, 8 beſtätigt finden. Es darf alſo wohl als allgemeiner Lehrſatz angenommen werden, daß derjenige, welcher ein neues Werk oder eine neue Auflage, deren Gefährlichkeit für ſein Eigen er vorausſehen kann, zuläßt und nicht durch die actio negatoria oder andere Rechtsmittel, wenn ſolche begründet ſind, verhindert, die Caution zu fordern nicht befugt iſt[58]).

Dem entſprechend wird auch Derjenige die Caution nicht fordern dürfen, welcher entweder ausdrücklich oder ſtillſchweigend zu der Errichtung des Werkes oder der Anlage ohne Vorbehalt der Cautionsleiſtung ſeine Einwilligung gegeben hat, wenn er nur die damit für ihn verbundene Gefahr vorausſehen konnte, und die Anlage ohne ſeine Zuſtimmung nicht erfolgen durfte, (ein jus prohibendi vorhanden war). In dem Titel de damno inf. finden wir hierzu zwar keine ausdrückliche Belegſtelle, allein ſowohl aus allgemeinen Rechtsgrundſätzen, als auch mit l. 19 u. 20 D. 39, 3[59]) wird ſich der gedachte Grundſatz rechtfertigen laſſen.

---

57) „Duae sunt praeterea leges de sepulcris, quarum altera privatorum aedificiis, altera ipsis sepulcris cavet. Nam quod „rogum bustumve novum“ vetat „proprius sexaginta pedes adjici aedes alienas, invito domino“, incendium veretur acerbum. Quod autem forum, id est, vestibulum sepulcri, bustumve usucapi vetat, tuetur jus sepulcrorum. Haec habemus in Duodecim —.“

58) Einen Zweifel könnte l. 17 §. 2 D. 8, 5 erregen. Man vergl. jedoch hierüber §. 17 unten. Vorausgeſetzt muß alſo ein begründetes Verhinderungsrecht werden.

59) „Labeo ait: Si patiente vicino opus faciam, ex quo ei aqua pluvia nocet, non teneri me actio aquae pl. arcendae. — Sed hoc ita, si non per errorem aut imperitiam deceptus fuerit; nulla enim voluntas errantis est.“

Digitized by Google

Der Ausschluß der Klage si patiente vicino opus factum sit beruht bei beiden Rechtsmitteln auf der Grundlage derselben, d. i. die aus den nachbarlichen Beziehungen hervorgehende aequitas. Es kann also dieser Satz nicht analog auf andere Rechtsmittel, z. B. die operis novi nuntiatio, oder die Negatoria angewendet werden. Ein ähnliches Verhältniß dagegen findet unter Miteigenthümern statt, das auf ähnlichen intimen Beziehungen beruht (§. 97. 98). Mit dem Grundsatze oben muß aber auch die Ausnahme übernommen werden: sed hoc ita, si non per errorem aut imperitiam deceptus fuerit. Der Bedrohte muß also über die Beschaffenheit der Anlage und über ihre Folgen nicht im Irrthum gewesen sein. Jeder Irrthum in dieser Beziehung hebt die Wirkung der Duldung auf.

Wer ferner selbst sich in die Lage bringt, daß er Schaden zu befürchten hat, ist also von der Caution ausgeschlossen. Wer ein Haus neben einem baufälligen Gebäude oder neben einer Eisenbahn, die das Haus heftig erschüttert, erwirbt, muß sich an den Verkäufer halten, daß dieser ihm cavirt oder vor der Uebergabe für ihn sich caviren läßt. So auffällig dieser Grundsatz für den ersten Anblick erscheint, so gerechtfertigt ist er dennoch, wenn man erwägt, daß bei dem Gegner nicht ein widerrechtliches Handeln, sondern nur die Billigkeit und das Nachbarverhältniß den Schadensersatz begründet, und daß selbst bei dem damnum injuria datum gesagt wird: et multa hujus modi deprehenduntur, quibus summovetur petitor, si evitare periculum potuerit — si scierit aut providere potuerit[60]). Ob ich als Miether in ein baufälliges Haus ziehe oder ob ich neben einem solchen ein Haus miethe oder kaufe, steht sich gleich. Eines ist so erlaubt wie das Andere; und doch sagt Sabinus von den Miethern: habent, quod sibi imputent (sua culpa damnum sentiunt), l. 13 §. 6 h. t.

60) l. 28 §. 1 D. 9, 2. A. M. Burkhard.

Digitized by Google

c) Endlich hat Derjenige keinen Anſpruch auf die Caution, welcher ſie ſelbſt vorher dem Nachbar, von dem er ſie fordert, verweigert hat; l. 13 §. 11 D. h. t.: „Si quis, quia sibi non cavebatur, in possessionem aedium missus fuerit, deinde is, cujus aedes fuerint, quum praeterea alias aedes haberet, desideret ab eo, qui in possessionem missus est, ut sibi damni inf. harum aedium nomine, quarum in possessionem missus est, caveret, an sit audiendus? videamus. Et Julianus scribit: „Is, qui vitiosis aedibus cessit, si integras retinuerit, numquid improbe ab eo, qui vitiosas aedes coepit possidere, cautionem exigat? quum ideo possessionem amiserit, quia ipse damni inf. satis non dederit. Et sane parum probe postulat ab eo caveri sibi earum aedium nomine, quarum ipse supersedit. Quae sententia vera est.“ In dieſer Vorſchrift iſt an ſich ſchon, doch ganz beſonders in den Ausdrücken „improbe“ und „parum probe“ eine Anerkennung des Prinzips der aequitas und der nachbarlichen Reziprozität, in welcher die Caution wurzelt, deutlich ausgeſprochen.

V. Aedium, loci, operis vitium.

§. 8.

Gajus ſagt: „Sive aedium vitio, sive operis, quod vel in aedibus vel in loco urbano aut rustico, privato pulicove fiat, damni aliquid futurum sit, curat Praetor, ut timenti caveatur“, l. 19 §. 1 D. h. t. In l. 24 §. 2 wird noch das loci vitium hinzugefügt: „Sed ut ne quid aedium, loci operisve vitio damnum factum sit, stipulatio interponitur“ — (vergl. noch l. 24 pr. eod.) und in l. 24 §. 9. 12 eod. wird auch arborum vitium als Veranlaſſung der Caution erwähnt. Es hat das Wort vitium, welches in dieſen

Digitized by Google

Stellen gebraucht wird, Anstoß gegeben, daß man namentlich bei einem opus als Bedingung der Caution resp. der actio ex stipulatu Fehlerhaftigkeit entweder in Ansehung der Beschaffenheit des opus oder in Ansehung des Gebrauchs desselben erfordert hat[61]). Vitium jedoch, in seiner Abstammung von vitiare, verletzen, verderben, bedeutet sowohl die Ursache, als auch die Thatsache einer Verschlechterung, also nicht nur die Beschaffenheit einer Sache, worin die Ursache einer Werthverringerung, Unbrauchbarkeit oder sogar Schädlichkeit derselben liegt, sondern auch den Schaden selber[62]). In l. 18 §. 4 D. h. t. „in quas actiones (locati et conducti) ultra culpam nihil venit, plus autem venit in stipulatione d. inf., quod quidem vitium ejus (des damnum) esse dicitur", wird deutlich gesagt: bei den Kontraktsklagen komme nur culpa in Betracht, noch mehr aber komme bei der Stipulation in Rücksicht, das vitium damni, auch abgesehen von culpa, so daß hier das vitium einer Sache oder eines Werks in Ansehung eines in Frage kommenden Schadens nur das Verhältniß der Ursache zur Wirkung, die Schaden begründende Eigenschaft der Sache, bezeichnen kann. Dieselbe Bedeutung hat vitium in l. 3 §. 11 D. 43, 19 (de itinere actuque privato). „Qui hoc interdicto uti volet, is adversario damni infecti, quod per ejus vitium datum sit, caveat" — und l. 5 §. 4 eod. „Qui hoc interdicto usurus est, de vitio operis cavere adversario debet". Insbesondere ergiebt sich aus l. 24 §. 2 h. t.: vitium, quod accidens extrinsecus infirmiores eas facit, daß vitium die Ursache der infirmitas und diese selbst

61) Z. B. das Appellationsgericht in Leipzig, Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle, 1857, S. 268.

62) Ueber vitium s. Reinhardt a. a. O. S. 227. Vitium = culpa in der weitesten Bedeutung als Ursache einer widrigen Erscheinung, eines Schadens.

Digitized by Google

bedeutet. Es bedeutet jedoch auch den Schaden selbst. In diesem Sinne kommt vitium in l. §. 3 D. ne quid in flumine publico fiat, 43, 13 vor: „Et generaliter dicendum est, ita demum interdicto quem teneri, si mutetur aquae cursus per hoc, quod factum est, dum vel depressior vel altior fiat aqua, ac per hoc rapidior sit cum incommodo accolentium. Et si quid aliud vitii accolae ex facto ejus, qui convenitur, sentient, interdicto locus erit.“ Ferner sagt der Prätor im Edikte selbst: de eo opere, quod in flumine publico fit; Ulpian erläutert später diese Worte also: de eo opere, sic accipe, de eo damno, quod ex opere fiet. Wir dürfen also, weil häufig die Ausdrücke operis vitium und damnum quod ex opere fit als gleichbedeutend gebraucht werden, um so mehr annehmen, daß vitium die Beschaffenheit einer Sache oder eines Werkes, in welcher die Ursache eines Schadens zu finden ist, anzeigt[63]). Als Gegensätze finden wir in den Quellen bezeichnet: den casus fortuitus, vis major, l. 24 §. 4—6. §. 9—11 D. h. t. — culpa eines Dritten, l. 24 §. 7 ib. Cicero, topica cap. 4 — publicum jus in l. 18 §. 1 D. h. t.: „Sed quod opere facto consecutus sit dominii capione promissor, non teneri eum eo nomine, Pomponius ait, quia nec loci, nec operis vitio, sed publico jure id consecutus sit.“ In dieser etwas unklaren Stelle scheint mir folgender Fall enthalten zu sein. Es besitzt Jemand bona fide und justo titulo einen Platz und will auf

63) Reinhardt a. a. O. S. 229. In l. 32 D. h. t. kommt noch vor: Si hae aedes vitium mihi faciant, an cavere mihi debeas, d. h. wenn sie mir Grund zur Befürchtung eines Schadens geben. Bei den Klassikern wird die Wirkung des Rausches in Folge des Weintrinkens mit vitio vini factum bezeichnet; wenn wir hier auch übersetzen: durch die Schuld des Weines —, so fällt es doch Niemand dabei ein, an geringen oder verdorbenen Wein zu denken. — Dem vitium facere entspricht damnum facere in l. 26 D. h. t.

Digitized by Google

dieſem ein Werk errichten. Der Nachbar fordert die cautio d. inf. und ſie wird ihm geleiſtet. Der Cavent erwirbt durch Uſucapion das Eigenthum an dem Platze, und nun will der Nachbar, welcher dahinter kommt, daß der fragliche Platz eigentlich ihm gehört habe, aus der Caution auf Schadenserſatz wegen des verlorenen Eigenthums klagen. Pomponius weiſt ihn natürlich ab. — Daß ein ſolcher Fall anzunehmen ſei, darauf ſcheint der Gegenſatz zwiſchen publicum jus und nec loci nec operis vitium hinzudeuten[64]); nach operis vitio iſt hinein zu denken „tenetur".

§. 9.

Was unter aedes und aedificia zu verſtehen ſei, bedarf wohl kaum einer Erläuterung. Das aedium vitium wird die ſchadendrohende Beſchaffenheit der Gebäude ſein, welche durch fehlerhafte Bauart, ſchlechtes Material oder durch das Alter derſelben u. ſ. w. herbeigeführt worden iſt. Es kann aber auch wegen einzelner ſchadendrohender Theile der Gebäude die Caution gefordert werden, l. 24 §. 2 D. h. t. „quae non solum ad totas aedes, sed etiam ad partes aedium pertinet" — z. B. wegen Mauern, Wänden, Wetter- und Vordächer und dgl., und neben den Wohnhäuſern (domus) werden noch in den Quellen erwähnt: Scheuern, Ställe (horrei, stabula)[65]).

Unter locus, welcher bisweilen in Verbindung mit aedes,

---

64) Die Gloſſe ſetzt den Fall, daß der Cavent nach Vollendung des Baues (opere facto) das Eigenthum desjenigen Hauſes, deſſen Beſitzer er Caution geleiſtet hatte, durch Verjährung erworben habe. Gothofred in den Noten ſagt: „Ex stipulatione damni inf. interposita nemo tenetur de damno, quod post praescriptionem emersit. Generalibus enim verbis nihil venit, nisi quod ex natura contractus." Beide Erklärungen ſind nicht wahrſcheinlich; die letzte widerſpricht geradezu dem Wortlaute.

65) Bangerow, Leitfaden B. 3 S. 568. Sintenis, Civilrecht, 2. Thl. §. 127 S. 795.

Digitized by Google

bisweilen ohne ſolche, mitunter ſelbſt im Gegenſatze zu Gebäuden erwähnt wird, iſt überhaupt Grund und Boden zu verſtehen, ein Theil eines Grundſtücks ohne Gebäude, mag das nun Acker, Wieſe, Lehde oder Wald ſein, l. 60 D. de verb. signif.: „Locus est non fundus, sed portio aliqua fundi, fundus autem integrum aliquid est, et plerumque sine villa locum accipimus“, ferner l. 211 D. eod.: „Locus sine aedificio in urbe area, rure autem ager vocatur.“ Am Beſten dürfte dem Begriffe des locus das deutſche „Platz“ entſprechen. Wir finden aber neben locus auch die Worte solum im Gegenſatz zu Gebäuden, l. 9 §. 4. l. 10. l. 39 §. 2 D. h. t., ager in l. 24 §. 9. l. 38 §. 1 D. h. t.

Burkhard S. 146—162 ſtellt in Abrede, daß die Caution wegen loci vitium allein gefordert werden könne. Nun kann zugegeben werden, daß ſie bei einem bebauten Platze in der Regel wegen vitium aedium et loci oder vitium operis et loci zugleich gefordert werden wird, weil die Gefahr ſowohl in Grund und Boden als auch in der Superficies wurzeln kann. Allein damit iſt nicht ausgeſchloſſen, daß auch wegen loci vitium allein, namentlich bei einem unbebauten Platze die Caution zuläſſig iſt. In l. 24 §. 2 h. t. wird nicht geſagt: loci et operis vitio, ſondern loci operisve vitio, und in l. 38 §. 1 h. t.: si agri nomine non caveatur iſt nur von dem loci vitium die Rede. In l. 18 §. 1 h. t. heißt es: quia nec loci nec operis vitio, sed publico jure id consecutus sit. Es kann durch Regenwaſſer auf einem ager Sand und Geröll angeſchwemmt worden ſein, welches dem tiefer gelegenen Grundſtück Schaden droht, es kann ein Teichdamm allmählig ſo abgeſpült werden, daß der Ausbruch des Waſſers zu befürchten iſt, es können Felſen ſich lockern und ſpalten, daß ein Abſturz zu beſorgen ſteht. Burkhard S. 161 will l. 38 §. 1 h. t. ſo erklären, daß ſie von dem Fall eines vitium arborum et loci oder operis et loci

Digitized by Google

handle. Dem widerspricht aber der Ausdruck pars ea, qua periculum timeatur, und in l. 24 §. 9 h. t. lautet die Stipulationsformel: si quid arborum locive vitio acciderit (nicht et loci vitio).

Es kann jedoch nicht blos wegen des Grundes und Bodens, sondern auch wegen einzelner, damit zusammenhängender Zubehörungen und Bestandtheile eines Grundstücks die Caution gefordert werden, z. B. wegen der Bäume, welche wegen ihres Alters umzubrechen und Schaden zuzufügen drohen, l. 24 §. 9 D. h. t.: „Item apud Vivianum relatum est; si ex agro vicini arbores vi tempestatis confractae in meum agrum deciderint eoque facto vitibus meis vel segetibus noceant, vel aedificia demoliantur, stipulationem istam, in qua haec comprehenduntur: si quid arborum locive vitio acciderit, non esse utilem, quia non arborum vitio, sed vi ventorum damnum mihi datum sit. Plane si vetustate arborum hoc fiebat, possumus dicere, vitio arborum damnum mihi dari."

Von Labeo und Ulpian wird hier die Einschränkung hinzugefügt, daß das loci vitium kein naturale sein dürfe, wenn die Caution Platz greifen solle, d. h. die Ursache des Schadens, welchen ein Platz oder Grund und Boden uns droht, darf nicht in der natürlichen Beschaffenheit desselben beruhen, l. 24 §. 2 D. h. t.: „Vitium autem aedium et loci esse, Labeo ait, quod accidens extrinsecus infirmiores eas facit; denique nemo dixit, palustris loci vel arenosi nomine quasi vitiosi committi stipulationem, quia naturale vitium est, et ideo nec ea stipulatio interponitur, neque interposita committitur." Eine gleiche Vorschrift finden wir bei der aquae pluviae arcendae actio in l. 1 §. 14 D. 39, 3: „Hinc illud etiam applicandum, nunquam competere hanc actionem, quum ipsius loci natura nocet." Das accidens ex-

Digitized by Google

trinsecus wird also der natura loci oder dem naturale vitium entgegengesetzt, und muß daher die von außen her auf die Beschaffenheit des Grundstücks einwirkenden Einflüsse bedeuten, mögen sie durch Menschenwerk oder durch Naturereignisse veranlaßt worden sein[66]). So wird in l. 57 D. 19, 2 von der actio ex lege Aquilia gesagt: „Damni autem injuriae actio ob ea ipsa sit, per quae non extrinsecus alia causa oblata, damno quis affectus est[67]). Der leitende Gedanke dabei scheint demnach zu sein, daß nur die durch Naturereignisse oder menschliche Thätigkeit hervorgerufene Beschaffenheit unseres Grundbesitzes eine Ersatzpflicht uns auferlegen soll, deren schädliche Wirkung wir durch gewöhnliche Sorgfalt und Thätigkeit begegnen können. Eine außergewöhnliche Anstrengung des Eigenthümers dagegen, außerordentliche künstliche und kostspielige Vorrichtungen zur Abstellung eines natürlichen Zustandes eines Grundstücks werden ihm nicht zugemuthet[68]); der daraus dem Nachbar entspringende Schaden muß von ihm selber als casus getragen werden. Diese Anschauung steht in Einklang mit den sonst über Schadensersatz geltenden Rechtsgrundsätzen und entspricht der aequitas, welche als die Quelle unserer Caution zu betrachten ist, während eine weiter gehende Verpflichtung des Eigenthümers ihn zu höchst unbilligen, oft ganz unmöglichen Leistungen verurtheilen würde. Wenn wir also in der

66) Vgl. l. 24 §. 5 h. t. Bangerow, Leitfaden, Thl. 3 S. 569. Sintenis a. a. O. Mommsen, Beiträge z. Obligationenrecht, B. I S. 376.

67) l. 57 D. 19, 2. Reinhardt a. a. O. S. 224 not. 26: extrinsecus alia causa ist eine Thatsache, welche als Ursache des Schadens zu betrachten, aber nicht mit der Handlung eines Andern zusammenhängt, weder in derselben enthalten, noch nothwendige oder natürliche Folge der Handlung ist.

68) Westphal a. a. O. §. 205. „Naturam expellere et corrigere in vicinorum salutem nemo tenetur.“ Siehe noch §. 5 oben.

Digitized by Google

Nähe der Grenze so tief graben, daß sich die Erde zusammensetzt und des Nachbars Mauer einzustürzen droht, so sind wir die Caution zu leisten verbunden (l. 24 §. 12 D. h. t.); wenn aber in Folge eines natürlichen Fehlers unseres Grundstücks ein Stück desselben sich zusammensetzt oder losreißt, z. B. weil es sumpfig oder sandig ist, und in Folge dessen des Nachbars Mauer zusammenbräche, so werden wir demselben zu einer Ersatzleistung nicht verpflichtet sein (arg. l. 14 §. 1 D. 39, 2 „Ideoque si vitio loci pars aliqua soli subsederit, quamvis per eam causam aqua pluvia inferiori noceat, nulla competit actio"). Dies gilt aber selbstverständlich von dem vitium aedium an sich nicht, weil bei einem Menschenwerke von einem natürlichen Zustande nicht die Rede sein kann; sondern es kommt bei dem aedium vitium obige Einschränkung nur dann zur Geltung, wenn es mit dem loci vitium nothwendig zusammenhängt, und Letzteres die Veranlassung zur schadendrohenden Beschaffenheit der Gebäude und andern Bauwerke geworden ist. Nur in diesem Sinne kann es verstanden werden, wenn Labeo sagt: vitium aedium et loci esse, quod accidens extrinsecus infirmiores eas[69]) facit.

Hiernach ist die bestrittene Frage zu entscheiden, ob auch wegen eines Felsstückes, welches auf ein benachbartes Haus oder Grundstück herab zu stürzen droht, die Caution gefordert werden könne. Es ist dies eigentlich eine quaestio facti; doch wird die gefahrdrohende Beschaffenheit des Felsstücks in der Regel erst durch Naturereignisse oder menschliche Thätigkeit bewirkt worden sein; z. B. in Folge der Anlegung eines Steinbruchs

69) Es ist von Gewicht, das Labeo sagt: eas infirmiores facit, also die Gebäude, nicht den locus. — Wenn aber Jemand unvorsichtig auf einem sumpfigen oder sandigen Platze ein Bauwerk unternimmt, so ist der Glosse ad h. loc. beizustimmen, daß die cautio d. inf. gefordert werden darf. Vergl. auch Donell, comm. lib. XV cap. 47 §. 21.

Digitized by Google

oder durch Auswaſchung und Abſpülung der Unterlage deſſelben, und es werden darum die bedrohten Nachbarn in der Regel auch die Caution von dem Eigenthümer des Grundſtücks, auf welchem ſich das Felsſtück befindet, fordern können[70]).

§. 10.

Bei dem operis vitium endlich kann nach Dem, was wir darüber oben entwickelt haben, das naturale vitium weder von der Leiſtung der Caution, noch von der actio ex stipulatione entbinden, und es verdient jedenfalls Beachtung, daß Ulpian in l. 24 §. 2 D. h. t. neben dem vitium aedium et loci, quod extrinsecus accidens infirmiores eas facit, nicht auch des operis vitium gedenkt. Unter opus iſt hierbei jede in oder auf einem Grundſtücke von Menſchenhand gemachte Veränderung, Vorrichtung oder Anlage, jedes Werk zu verſtehen, es mag bereits vollendet, oder erſt im Entſtehen begriffen ſein, auf eigenem Grund und Boden oder auf fremdem, auf Privatgrundſtücken oder an öffentlichen Plätzen, Wegen, Flüſſen u. ſ. w. unternommen worden ſein. „Sive aedium nomine, sive operis, quod vel in aedibus, vel in loco urbano aut rustico, privato publicove fiat, damni aliquid futurum sit (veremur), curat Praetor, ut timenti damnum caveatur. l. 19 §. 1 D. h. t. — „Sicut in stipulatione damni inf. accidere potest, ut is, qui stipulatus est, subinde agat; cavet enim si quid ibi ruet, scindetur, fodietur, aedificabitur“, l. 18 D. 46, 8.

Opus bezeichnet jede Arbeit, jede menſchliche Thätigkeit, welche in, auf oder an einem Grundſtücke ſtattfindet, jedes Herausreißen, Brechen, Graben, Bauen, Reinigen von Waſſerleitungen, Kloaken und dergl., Wegebeſſern u. ſ. w., An-

70) Weiske, quaest. jur. civ. in usum fori comp., Zwickau 1831, S. 1 ff. bejaht ebenfalls dieſe Frage.

Digitized by Google

legung von Brunnen, l. 24 §. 12. l. 30 und 31. l. 15 §. 2. 8 D. h. t. l. 18 D. 46, 8[71]). Es bezeichnet jedoch opus auch das Produkt unſerer Thätigkeit: Anlagen und Werke, unvollendete und vollendete. „Opere locato; his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci ἀποτέλεσμα vocant, non ἔργον id est ex opere facto corpus aliquod perfectum", l. 5 §. 1 D. 50, 16. Genannt werden in den Quellen: Wetter und Vordächer[72]), Düngergruben (l. 17 §. 2 D. 8. 5), Waſſerröhren, Rinnen (l. 18 D. 8, 5), Waſſerlöcher zum Ablaufen des Waſch- oder Scheuerwaſſers (l. 29 D. 8, 5), Backöfen (l. 27 §. 10 D. 9, 2. l. 24 §. 7 D. 39, 2), Waſſerleitungen (l. 5 D. 43, 8).

Die Stipulatio damni inf. umfaßt aber nicht blos den Schaden, welcher etwa durch das Beginnen eines Werkes ſofort eintritt, ſondern auch den, welcher erſt ſpäter, wenn daſſelbe vollendet iſt, ſich zeigt; l. 24 pr. h. t.: „Sed quod dictum est de operis vitio, sic accipiendum est, etiam si proponas non tantum tempore, quo opus fit, sed etiam si postea contingat; quid enim, si ideo, quia male aedificatum est, corruit?"[73]) Unter opus iſt endlich noch der Betrieb eines Werkes oder einer Anlage, der Betrieb einer Eiſenbahn, einer Fabrik, der Gebrauch eines Backofens u. dgl. zu verſtehn[74]).

Bei Anlagen auf öffentlichen Grundſtücken haftet

---

71) Seuffert, Arch. XXXI, 334. — So wird das Nachgraben nach einem Schatze, das Heben und Wegtragen deſſelben ein opus genannt; l. 15 D. 10, 4. Früchte aufleſen, rudera, navem importatam wegholen l. 4 §. 4. l. 9 §. 1 eod. — Vergl. über dieſen Begriff des opus, Reinhardt a. a. O. S. 228. Sintenis a. a. O. S. 795 nota 42. Bangerow, Leitfaden Thl. 3 S. 569. Burkhard S. 162.

72) In der Ueberſchrift unſeres Pandektentitels.

73) Bangerow a. a. O. B. III S. 569. Seuffert, Arch. XXXIII, 29.

74) l. 24 §. 7 h. t. l. 29 D. 8, 2.

Digitized by Google

der Unternehmer blos für den aus dem Werke selbst hervorgehenden Schaden (operis vitium), nicht für die etwaige schlechte und gefährliche Beschaffenheit des Grundes und Bodens, weil er eben kein Eigenthum daran hat; l. 15 §. 3. l. 24 pr. D. h. t.[75]); es ist hier nur von flumen die Rede, also nicht von der ripa (im Privateigenthum), und nur vom locus an sich, nicht vom opus et locus. Wenn auf öffentlichen Grundstücken von Staatswegen ein Werk oder eine Anlage gemacht wird, so kann von der Caution kein Gebrauch gemacht werden. Es soll vielmehr alsdann auf Ansuchen des Bedrohten, wenn gegründete Besorgniß einer Beschädigung vorhanden ist, auch von Staatswegen Veranstaltung getroffen werden, daß das Werk oder die Anlage in einer Weise hergestellt resp. abgeändert werde, welche die benachbarten Grundstücksbesitzer vor wirklicher Beschädigung bewahrt, l. 15 §. 10 D. h. t. „Si publicus locus publice reficiatur, rectissime Labeo scribit, eoque jure utimur, de damno infecto non esse cavendum. Si quid vitio loci aut operis fiat, certe legem dandam operi talem, ne quid noceat vicinis damnive detur."

Nach Dem, was wir bisher erörtert haben, dürfte es nicht gerechtfertigt erscheinen, wenn Unterholzner (Schuldverhältnisse B. II S. 714. 715) die Caution auf Bauwerke, die schon vorhanden sind, (opera jam facta) und auf gepflanzte Bäume beschränken will, wenn er als allgemeines Erforderniß die Schadhaftigkeit dieser Gegenstände aufstellt, und Beschädigungen, die unmittelbare Folge der Beschaffenheit des Grundes und Bodens sind, geradehin ausschließt. Dieser Ansicht widersprechen direkt l. 29 §. 1 D. 39, 2, in welcher die Caution agri nomine und wegen einer vitiosa pars agri,

75) — quam nemine faciente locus ipse damnum inferat natura sui. Bangerow l. c. Sintenis, Civilr. §. 127 Anm. 43. Donell XV, 47 §. 9. A. M. Burkhard, S. 568 ff.

Digitized by Google

ſowie l. 3 §. 3 D. 39, 3, in welcher die Caution an Stelle der aquae pluviae arcendae actio bei einem Werke in loco publico als zuläſſig und ſtatthaft anerkannt wird. Es dürfte aber auch jene Anſicht noch durch die Erwägung widerlegt werden, daß die operis novi nuntiatio, welche nur bei entſtehenden Werken zuläſſig iſt, (adversus futura opera inductum est remedium) hauptſächlich den Zweck mit hat, den Gegner zur Beſtellung der cautio d. inf. zu nöthigen (l. 1 §. 1 §. 17 D. 39, 1). Endlich hat Unterholzner die ganz poſitive Vorſchrift in l. 1 §. 5 D. 43, 15 überſehn, welche dahin lautet: „curandum fuit, ut eis ante opus factum caveretur; nam post opus factum persequendi hoc interdicto nulla facultas superest, etiam si quid damni postea datum fuerit, sed lege Aquilia experiendum est.“

Dieſe Stelle iſt darum noch von beſonderem Intereſſe, weil ſie uns lehrt, daß bei den Werken, bei denen die Caution als Vorausſetzung des Interdiktenſchutzes erſcheint, das ſind die Werke, welche wir auf fremdem Grund und Boden, ſei es nun auf öffentlichen oder auf Privatgrundſtücken unternehmen, die Caution vor Vollendung des Werkes[76]) oder des Unternehmens geleiſtet ſein muß, nach Vollendung deſſelben dagegen nicht mehr gefordert werden kann; ſo daß, wenn nun ein Schaden aus dem Werke entſpringt, dem Beſchädigten nur die actio legis Aquiliae — vorausgeſetzt, daß deren Erforderniſſe, insbeſondere culpa in faciendo vorhanden — übrig bleibt. Dieſe Vorſchrift erklärt ſich aus dem Umſtande, daß der Prätor zur rechtlichen Erzwingung dieſer Art der Caution kein anderes Mittel im Edikt aufgeſtellt hatte, als die Verweigerung des Interdiktenſchutzes für den, qui aliquid in alieno molitur.

76) l. 21 §. 3 D. 39, 1: „opus autem factum accipimus, non si unum vel alterum caementum sit impositum, sed si proponatur instar quoddam operis, et quasi facies quaedam facti operis.“

Digitized by Google

War nun aber die Anlage oder das Werk schon vollendet, so bedurfte der Unternehmer der Interdikte nicht mehr und folglich fiel das im Edikte gegebene Mittel, die Caution zu erzwingen, hinweg.

Burkhard S. 173 stellt die Allgemeingiltigkeit dieses Satzes in Abrede, und die oben angezogene Stelle soll nur bedeuten, daß die Caution nicht mehr als Bedingung im Interdikt inserirt werden könne. Vergebens aber beruft er sich auf l. 24 §. 12 h. t. (alte fodire); dem Graben steht kein Interdikt zur Seite, das versagt werden könnte, wenn nicht Caution geleistet wird, und die Burkhard'sche Interpretation wird durch die Verweisung auf das alleinige Rechtsmittel ex lege Aquilia ausgeschlossen. Die Verpflichtung post opus in publico factum Caution zu leisten, will B. weiter aus den restitutorischen Interdikten de via publica und de flumine publico[77]) ableiten (S. 175). Allein mir scheint die Sache doch einfacher so sich zu verhalten. Jene Interdikte sind auch prohibitorisch, und es kann sie Jeder anstellen, dem aus einem opus in via publica oder flumine publico ein Schaden droht[78]); er bedarf also in diesem Falle gar nicht der Caution. Ist das Werk errichtet, dann steht ihm das Interdikt auf Restitution zu, freilich gegen den Besitzer, der nicht Urheber ist, nur auf patientiam praestare. Der Bedrohte ist also darauf hingedrängt, zeitig mit dem prohibitorischen Interdikt vorzugehn, auch wenn ein Schaden noch nicht gewiß, aber doch wahrscheinlich ist. Im Verfahren wird sich ergeben, ob seine Besorgniß begründet ist und wie das opus hergestellt werden soll. Hat er nicht prohibirt, so kann ihm die Bestimmung in l. 13 §. 7 h. t. (quia rem illicitam admisit) entgegen gehalten werden.

77) l. 2 §. 37. 38. 39. 41 D. 43, 8. l. 1 §. 21, 22 D. 43, 12.

78) l. 2 §. 2. 6. 10—14 D. 43, 8. Bei dem interdict. de fluminibus wird nach dem Zwecke desselben, quo statio iterve navigio deterior sit, für die Caution (wegen Sachbeschädigung) gar kein Platz sein.

Digitized by Google

Anders verhält sich die Sache, wenn nicht das Werk an sich durch seine Errichtung oder die Art und Weise seiner Errichtung schadet, sondern durch den Gebrauch, welchen der Unternehmer davon macht oder durch die damit verbundene Erhaltung desselben. In diesem Falle kann die Caution auch erst nach Errichtung des Werks gefordert werden; z. B. wenn eine Wasserleitung oder wenn Wasserröhren Schaden stiften, weil sie nicht gut im Stande erhalten werden, l. 18 D. 8, 2. l. 30 D. 39, 2.

Wer ist berechtigt, die Caution zu fordern.

§. 11.

Die römischen Juristen beantworten diese Frage in folgender Weise:

„Damni infecti stipulatio non tantum competit ei, cujus in bonis res est, sed etiam ei, cujus periculo res est" — l. 18 pr. D. h. t.

Res in bonis nostris ist bekanntlich jede Sache, die zu unserem Vermögen gehört, aber auch jede Sache, an der uns ein dingliches Recht zusteht, wie aus folgenden Stellen hervorgeht:

„In bonis autem nostris computari sciendum est, non solum quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possidcantur, vel superficiaria sint." l. 49 D. de verb. signif. 50, 16.

„Rem in bonis nostris habere intelligimus, quoties possidentes exceptionem aut amittentes ad recuperandam eam actionem habemus", l. 52 D. de acq. rer. dom. 41, 1.

Demnach ist vor Allen der Eigenthümer der gefährdeten Sache berechtigt, die Caution zu fordern, l. 5 §. 2. l. 20

Digitized by Google

D. h. t. und ihm ſtand urſprünglich wohl allein die Forderung zu[79]),

ſodann der Superfiziar l. 13 §. 8. l. 39 §. 2 h. t.,

folglich auch der Emphyteuta, arg. l. 12 §. 2. 3 D. de Publiciana (6, 2) vgl. mit l. 7 §. 6 eod., l. 5 §. 2. 3 D. 47, 7;

ferner der Uſufruktuar, l. 5 §. 2. l. 13 §. 8. l. 20 D. h. t.,

nicht minder der Pfandgläubiger l. 11 h. t. und der Inhaber einer Prädialſervitut, l. 13 §. 1 h. t., endlich

der bonae fidei possessor.

Die inquilini, welche in l. 13 §. 5 D. h. t. erwähnt werden, können, nicht wegen des Hauſes, welches ſie bewohnen, ſondern nur hinſichtlich der Sachen, die ſie inferirt haben, die Caution vom Nachbar fordern[80]). Analog muß ſie auch dem Pachter wegen der Früchte zuſtehn.

Neben dem Hausvater ſteht auch dem Hausſohn die Caution zu, si res peculiares sint, l. 21 h. t., weil deren Verderb ihm Schaden bringen würde[81]).

In analoger Ableitung aus obigen Grundſätzen geben die röm. Juriſten auch demjenigen die Caution, ad quem jus monumenti pertinet, obſchon an einem Grabmale weder Eigenthum, noch ſonſt ein Privatrecht Statt haben kann, l. 13 §. 7 D. h. t.; jedenfalls in der Abſicht, um einen Schutz für die Grabmäler zu ermitteln, der ihnen außerdem fühlbar gemangelt haben würde[82]).

Aus den bisher entwickelten Sätzen folgt von ſelber, daß

---

79) l. 13 §. 8 h. t. (hodie constat). Schmidt, Zeitſchr. für Civilr. u. Proz. N. F. VIII S. 21. Burkhard S. 274 ff.

80) A. M. Bachofen, Pfandr. S. 115. Dagegen Burkhard S. 279. Vom Vermiether kann der Miether die Caution nicht verlangen l. 13 §. 6 h. t.

81) Burkhard S. 286.

82) Es gilt hier das Motiv in l. 17 pr. D. 7, 1: „Et hoc verum est favore religionis."

Digitized by Google

Diejenigen, welche in keinem Rechtsverhältnisse zur gefährdeten Sache stehen, und auf dem bedrohten Grundstücke nur faktisch verweilen oder dort einzelne Handlungen ohne ein bestimmtes Recht dazu vornehmen, die Caution nicht fordern können. „Ceterum neque ei, qui in meo deambulet, neque ei, qui in meo lavet, vel in mea taberna devertat, caveri debet", l. 13 §. 4 h. t.[83]). Sie mögen das fremde Grundstück, wenn ihnen Gefahr droht, entweder gar nicht betreten oder wieder verlassen.

Wenn das gefährdete Grundstück zwar verkauft, aber noch nicht übergeben ist, so steht die stipulatio d. inf. dem Verkäufer zu, weil er noch Eigenthümer ist; er ist dem Käufer gegenüber die Caution zu fordern verpflichtet und haftet ihm deshalb aus der actio emti[84]). Hat der Käufer die Caution vor der Uebergabe sich leisten lassen, so ist dieselbe auf die Zeit bis zur Tradition unwirksam; sie kann ihm aber hinsichtlich des nach der Uebergabe eintretenden Schadens nützlich werden[85]); l. 18 §. 7—10 D. h. t.: „Emtor praedii, si ante traditionem stipulatus sit, cautum habebit de eo damno quod post traditionem factum erit." §. 8: „Venditorem autem aedium prius, quam possessionem tradat, stipulari oportet, quia hujus quoque rei culpam praestat." —[86]).

83) Bangerow a. a. O. S. 530. Westphal a. a. O. §. 241.

84) Vergl. noch l. 13 §. 12. l. 36 D. 19, 1.

85) Bangerow, Leitfaden 3 Thl. S. 571.

86) l. 18 §. 9 D. h. t., hat den Interpreten viel zu schaffen gemacht (vergl. Westphal a. a. O. §. 228) weil sie den Eingang derselben, welcher die Erwägungen des Juristen pro und contra enthält, als Entscheidung genommen haben. „Sed quid fiet, si venditor (vor der Besitzübergabe) sine culpa stipulari non potuerit, et ob hoc emtor stipulatus fuerit? nonne damnum patitur (der Käufer nämlich) an hoc damnum in aliena re (weil der Besitz nicht übergeben) acciderit, revolvitur autem ad emtorem, quia actionem ex emto non habet? (Man könnte zwar sagen, daß der Schaden nicht des Käufers Sache betroffen, daß er aber doch darum ein

Digitized by Google

§. 10: „Sed si venditor interposuerit stipulationem, etiam id damnum continebit, quod post traditionem emtori contigerit. Quod esse iniquissimum, Aristo ait, quoniam si emtor quoque damni inf. stipulatus esset, duobus promissor ejusdem nomine obligaretur; nisi forte id contra se habeat, quia in hoc fit stipulatio, quanti ea res erit, ut possit videri, nihil interesse jam venditoris, stipulatione damni infecti interposita."

Durch die zuletzt hinzugefügte Einschränkung behält es also bei dem Grundsatze sein Bewenden, daß der Verkäufer aus der Caution nur eine Klage erhält wegen des vor der Uebergabe dem Kaufobjekte bereits zugefügten Schadens, wenn nicht besondere Thatsachen im Mittel liegen, welche sein Interesse an der Sache verlängern, z. B. wenn er die Gefahr der Sache laut besonderen Vertrags noch über die Tradition hinaus übernommen hätte. Der Käufer wird wegen der Subsidiarität der Caution abgewiesen (§. 17 unten). Dagegen ist der Käufer berechtigt, die Caution zu fordern, wenn ihm der Verkäufer vor der Uebergabe die Detention und Bewahrung (custodia) des Kaufobjekts anvertraut hat[87]), weil er keine Klage mehr auf Ersatz gegen den Verkäufer hat.

Aus dem allgemeinen Grundsatze über die Befugniß zur Caution folgt ferner von selber, daß auch Mehrere gleichzeitig

---

Interesse habe, weil er wegen des Untergangs der Sache sine culpa venditoris eine Klage aus dem Kaufe nicht habe) — Entscheidung: Sed nihil proficit stipulatio, nisi in id, quod post traditionem accidit, quia — dum venditoris custodia est, is stipulari debet, omnemque diligentiam praestare." Der letzte Zweifelsgrund wird also verworfen und zwar mit Rücksicht auf die Bestimmung in l. 8 h. t.

87) l. 38 pr. D. h. t.: „emtor aedium ante traditam sibi possessionem ideo inutiliter stipulatur, quia venditor omnem diligentiam ei praestare debet, tunc certe utiliter stipulatur, cum omnis culpa a venditore aberit: veluti si precario emtori in his aedibus esse permisit custodiamque ei abfuturus tradidit."

Digitized by Google

neben einander wegen derselben gefährdeten Sache die Caution fordern können, natürlich ein Jeder wegen seines besonderen Interesses, l. 5 §. 2 h. t.: „Si et dominus proprietatis et fructuarius desideret sibi caveri damni infecti, uterque audiendus est, nec enim injuriam sentiet promissor, non plus cuique praestaturus, quam quod ejus intersit.“ [88]).

Wenn nun mehrere Miteigenthümer die Caution fordern, so muß die Stipulation ohne Hinzufügung ihres besonderen Eigenthumsantheils geschehen, weil selbstverständlich die Caution nur auf das besondere Interesse eines Jeden von ihnen gerichtet ist, und die Hinzufügung der Eigenthumsquote von einem Theile seines Antheils an der beschädigten Sache verstanden werden könnte, l. 27 D. h. t.: „Plures earundem aedium domini singuli stipulari debent sine adjectione partis, quia de suo quisque damno stipulatur; quin imo pars adjecta partis partem faciet.“ — [89])

Unter demjenigen endlich, cujus periculo res sit, ist Jeder zu verstehn, welcher auf Grund eines Obligationsverhältnisses die Gefahr einer Sache trägt, sei es, daß er keinen Schadensanspruch hat oder dem Gegentheil für Ersatz haftet, wenn die Sache untergeht oder abhanden kommt [90]).

§. 12.

Wir kehren nun zu dem bonae fidei possessor zurück. Nach dem Grundsatze, daß demjenigen die Caution zustehe, cujus in bonis res est, muß sie auch dem Besitzer in gutem Glauben gewährt werden, weil nach vielen ausdrücklichen Zeug-

88) Vergl. noch l. 21. l. 39 §. 2 D. h. t.

89) Bangerow, loc. cit. Sintenis, Civilrecht B. III S. 800. Burkhard S. 300.

90) Burkhard S. 297. l. 47 §. 1 D. 10, 2. l. 14 §. 16 D. 47, 2. §. 3 J. 3. 23.

Digitized by Google

niſſen der röm. Juriſten Das, was wir bona fide und justo titulo beſitzen, zu den bonis nostris zählt. Es haben aber folgende Stellen zu Zweifeln Veranlaſſung gegeben: l. 11 D. h. t. (Ulpianus): „Quid de creditore dicemus, qui pignus accepit? utrum repromittere, quia jus suum tuetur, an satisdare, quia dominus non est, debebit? Quae species est in contrario latere apud Marcellum agitata, an creditori pigneraticio d. inf. caveri debeat? Et ait Marcellus: inutiliter ei caveri, idemque etiam de eo cavendum, qui a non domino emit; nam nec in hujus persona committi stipulationem. Aequissimum tamen puto, huic prospiciendum (id est creditori) per stipulationem“ —; ferner l. 13 §. 9 eod.: „Sed ei, qui bona fide a non domino emit, damni inf. stipulationem non competere, Marcellus ait.“

Auffällig iſt die Behauptung des Marcellus von jeher den Rechtslehrern geweſen und Viele haben ſie ganz unerklärlich gefunden[91]). Accurſius in der Gloſſe hält die Meinung des Marcellus nach ſtrengem Rechte für begründet, aber unvereinbar mit der aequitas; eine ähnliche Anſicht ſpricht Galvanus de usufructu cap. 37, IV aus. Damit wird nun freilich nicht viel gewonnen. Eben ſo wenig kann uns die zweite in der Gloſſe enthaltene Erklärung jener Stellen genügen, nach welcher der Fall gemeint ſein ſoll, daß der b. f. possessor von dem wirklichen Eigenthümer die Caution fordere; von dieſem ſie zu verlangen, ſoll er nicht berechtiget ſein, während er von jedem Andern ſie fordern dürfe. Damit wird jedoch eine Vorausſetzung in jene Stellen hineingetragen, die nicht darin enthalten oder angedeutet iſt, und darum unſtatthaft erſcheint. — Voet, comm. ad. D. tit. de damno inf. §. 4[92]) giebt folgenden Grund für die Nichtberechtigung des b. f. possessor an: „emphyteu-

91) Wening-Ingenheim, Civilrecht B. III cap. 6 §. 286 II. S. 286.
92) Voet iſt Gothofred in den Noten ad h. t. gefolgt.

Digitized by Google

tae et fructuarii, creditores hyp., inquilini, quidquid juris habent, id ex voluntate domini penes eos est, seu causam a domino habent; ac b. f. possessor rem sine voluntate domini habet, unde et minus juris huic, quam ceteris — quantum ad hanc d. i. stipulationem videbatur tribuendum." Dieſer Grund kann jedoch nicht als ſtichhaltig angeſehen werden; er wird von den röm. Juriſten (z. B. bei der lex Aquilia, bei der actio bonor. raptor., der actio furti, nicht geltend gemacht, und betrifft gar nicht das Verhältniß des b. f. poss. zum Beſitzer des ſchadendrohenden Grundſtücks (exceptio de jure tertii). Auch leiten der Pfandgläubiger, Uſufruktuar, Superfiziar ihr Recht, die Caution zu fordern, nicht von dem Eigenthümer ab, ſondern aus einem ſelbſtſtändigen, ihrem Rechte an der bedrohten Sache entſprechenden Intereſſe. Von den neueren Schriftſtellern findet Thibaut die Erklärung der fraglichen Stellen in dem Grundſatze, daß der precario Beſitzende die Caution nicht fordern könne[93]). Allein man kann nicht zugeben, daß der bon. fidei possessor mit dem precario Beſitzenden auf gleicher Linie ſtehe. — Bangerow und ähnlich Sintenis ſetzen voraus, es handle ſich um die actio ex stipulatu und es ſei ſchon juriſtiſch gewiß, daß der b. f. possessor ein blos putatives Recht habe[94]). Dieſer Erklärung muß entgegen gehalten werden, daß ſie zwei Umſtände ſupponirt, welche nicht in der fraglichen Stelle enthalten ſind, ja den klaren Worten derſelben Zwang anthun. Wenn Marcellus ſagt: damni infecti stipulationem non competere[95]) ſo zeigt er deut-

---

93) Thibaut, Pandekten §. 586 ed. 7.

94) Bangerow §. 678 Anm. II. Sintenis a. a. O. S. 798 nota 50.

95) Reinhard §. 678 Anm. II. nota 68 will das competere „cum eventu" verſtehen, daß alſo aus der Stipulation keine actio ex stipulatu erwachſe. Das iſt an ſich ganz richtig, inſofern Marcellus die stipulatio

Digitized by Google

lich auf die Stipulation selbst hin, und es ist Willkür, dafür die actio ex stipulatu zu unterstellen. Dagegen sträuben sich auch die Worte in l. 11 cit.: „nam nec in hujus persona committi stipulationem“ — huic prospiciendum per stipulationem“ —. Sobald übrigens juristisch gewiß ist, daß der b. f. possessor ein blos putatives Recht habe, kann er nicht mehr als solcher betrachtet werden, post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse [96]), auch wird nicht, wie von Vangerow annimmt, die stipulatio d. inf. unter Voraussetzung seines Eigenthumsrechts geschlossen, denn nicht in dem Eigenthum allein fußt das Recht zur Caution, sondern in dem Interesse an dem Untergange der Sache, welches außer dem Eigenthümer noch verschiedene andere Berechtigte haben. Und wenn von Vangerow hinzufügt, die Vorschrift selbst solle, da sie einmal in klaren Worten ausgesprochen sei, nicht bestritten werden, so darf man ihn wohl an seinen Ausspruch B. I §. 335 II. 2, b erinnern, wo er von der l. 31 D. 19, 1 behauptet, sie sei aus Versehn in das corp. jur. gekommen und als nicht vorhanden zu betrachten. — Reinhard [97]) sagt: „Eben so unerläßlich ist aber die Verletzung eines wohlerworbenen Rechts, eines auf ausreichender (?) Basis festbegründeten Interesses. Derjenige also, welcher nur den Usukapionsbesitz erworben hat, kann zur c. d. inf. nicht für befugt erachtet werden.“ Unzweifelhaft hat der Besitzer in gutem Glauben jedem Dritten gegenüber ein wohlerworbenes Recht, sonst könnte er der Publiciana sich nicht bedienen, und er hat auch ein festbegründetes Interesse, theils in Rücksicht des ihm zustehenden Fruchtgenusses, theils in Hinsicht auf die mögliche Erwerbung des Eigenthums

für inutilis hält (Inst. 3, 19) d. h. für nichtig, weil der b. f. possessor rem alienam besitze.

96) l. 25 §. 7 D. de heretit. petitione.

97) Reinhard a. a. O. S. 289.

Digitized by Google

durch Verjährung, theils in Ansehung seiner Verhaftlichkeit dem wahren Eigenthümer gegenüber[98]). Wenn Reinhard nun weiter deducirt: Wäre der Usukapionsbesitzer zur Caution berechtigt, so könnte es vorkommen, daß ein solcher Anspruch zwiefach mit Erfolg erhoben würde," — und dabei auf l. 1 §. 1 D. de servo corr. 11, 3 sich beruft; so darf ihm eingehalten werden, daß dieser doppelte Anspruch als möglich nicht zugegeben werden kann, wenn man sich das thatsächliche Verhältniß im einzelnen Falle nur recht deutlich vergegenwärtiget, und den Ausspruch des Paulus im Auge behält, nisi forte id contra se habeat, quia in hoc fit stipulatio, quanti ea res erit, ut possit videri, nihil interesse jam venditoris stipulatione interposita." Zur l. 1 §. 1 D. 11, 3 bemerkt übrigens Unterholzner, der von Ulpian angeführte Grund (ut duobus actio servi corrupti competat) passe nicht, und man müsse dem b. f. possessor wenigstens eine utilis actio geben[99]).

Auffällig erscheint in l. 11 h. t. der Passus: „huic prospiciendum (id est creditori) per stipulationem"; denn das huic ohne den Zusatz id est ꝛc., müßte man unzweifelhaft auf den unmittelbar vorhergenannten b. f. possessor beziehen, und es ist bemerkenswerth, daß nach Haloanders Versicherung das „id est creditori" in einigen Codices fehlt. Auffällig erscheint ferner die Wiederholung der Meinung des Marcellus Seiten des Ulpian in l. 13 §. 9 D. h. t., nachdem er sie schon einmal in lex 11 erwähnt hat, wenn nicht diese Wiederholung in so unmittelbarer Nähe den Kompilatoren zur Last fällt, und von Bedeutung endlich ist das hodie constat, welches vom Superfiziar und Fruktuar gebraucht wird. Dieses hodie constat möchte auch der Wegweiser sein, welcher uns den rechten Weg, den

98) Dies beweisen die ihm sonst zustehenden Klagen auf das Interesse.
99) Unterholzner, Schuldverhältnisse B. II S. 795 not. h.

Digitized by Google

wir zur Interpretation jener Stellen einzuſchlagen haben, anzeigt. In l. 3 §. 3 D. 39, 1 wird nämlich von Ulpian die Frage aufgeworfen: Si ego superficiarius sim et opus novum fiat a vicino, an possim nuntiare? Er antwortet: Movet, quod quasi inquilinus sum. Sed Praetor mihi utilem in rem actionem dat, et ideo et servitutum causa actio mihi dabitur, et operis novi nuntiatio debet mihi concedi.“ Wir erfahren daraus, daß nach älterem Rechte dem Superfiziar keine op. nov. nuntiatio geſtattet wurde, weil er im Verhältniß zur Superficies als Fremder, gewiſſermaßen als Inquilinus betrachtet wurde. Dies Verhältniß hat eine andere Bedeutung gewonnen, ſeitdem ihm der Prätor die Publiciana gegeben hat und er nun die Superficies als res quasi sua betrachten darf. Daſſelbe leidet hinſichtlich der Servitutenklagen Anwendung, daſſelbe iſt der Fall bei der cautio d. infecti. Darum ſagt Ulpian: Superficiarium utiliter stipulari, hodie constat“. Nun begegnet uns aber dieſelbe Erſcheinung auch bei dem b. f. possessor und bei dem creditor pignoratitius; auch ſie hatten in der ältern Zeit keine dinglichen Klagen, daher auch Marcellus in l. 11 D. h. t. von dem creditor ſagen konnte, inutiliter ei caveri. Nachdem aber dem b. f. possessor die actio Publiciana und dem creditor die actio Serviana und quasi Serviana gegeben worden, müſſen ſie auch in daſſelbe Verhältniß hinſichtlich der cautio d. infecti eintreten, wie der Superficiar, und es hätte von ihnen geſagt werden müſſen, utiliter stipulari hodie constat.

Es kommt aber bei der cautio d. inf. noch ein eigenthümliches Moment hinzu, welches in Betracht gezogen werden muß. Die Ausdrücke, deren ſich Marcellus bedient, utiliter stipulari, in hujus persona stipulationem non committi — inutiliter caveri — deuten darauf hin, daß er ſeinen Zweifel aus den Eigenthümlichkeiten und ſtrengen Grundſätzen

Digitized by Google

welche bei den römiſchen Stipulationen in Anwendung kamen, entlehnt habe. Jedenfalls haben dabei die Vorſchriften, welche wir in pr. und §. 4 Inst. 3, 19 leſen, ihm vorgeſchwebt[100]: „Omnis res, quae dominio nostro subjicitur, in stipulationem deduci potest“; und „Si quis alii, quam cujus juri subjectus sit, stipuletur, nihil agit.“ Allein dieſe, aus den Eigenthümlichkeiten der Stipulation entlehnten Bedenken ſind nicht mehr gegründet, ſeitdem der b. f. possessor die Publiciana hat, und allen Dritten gegenüber (mit Ausnahme des dominus) als Eigenthümer behandelt und beſchützt wird (quasi dominus est — loco domini paene est)[101].

Es läßt ſich auch hinſichtlich anderer Klagen nachweiſen, daß die Publiciana einen gründlichen Umſchwung in der Auffaſſung des Rechtsverhältniſſes des b. f. possessor hervorgerufen hat, ohne daß jedoch die römiſchen Juriſten zu einem konſequenten Abſchluß ihrer Anſichten darüber gekommen ſind. So z. B. ſoll die actio confessoria und negatoria nur dem dominus zuſtehen l. 2 §. 1 D. 8, 5; während in ſpäterer Zeit auch dem Superficiar und dem b. f. possessor Servitutenklagen geſtattet wurden, l. §. 1 D. 6, 2. l. 3 §. 3. l. 9 D. 39, 1. Die actio ex lege Aquilia wurde früher ebenfalls (465 p. u. c.) nur dem dominus gegeben, l. 11 §. 6 D. 9, 2; und jedenfalls erſt ſpäter, nachdem er die Publiciana erhalten, wurde dem b. f. possessor utiliter jene Klage geſtattet[102]. Deſſen ungeachtet behauptet von der actio in factum wegen unbefugter

100) l. 37 §. 4 D. 50. 17. „Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest.“

101) l. 7 §. 6. 8. l. 11 §. 6. 7 D. 6, 2. l. 40 pr. D. 41, 1. Daſſelbe Verhältniß fand auch bei dem Verfahren per legis actiones Statt. So lange dieſe im Gebrauche waren, war es auch nicht erlaubt, alterius nomine agere. Gajus, inst. IV. 82.

102) Und nicht blos wegen der Verwendungen auf die Sache, Mommſen a. a. O. II. S. 245.

Digitized by Google

Beiſetzung einer Leiche in l. 2 §. 1 D. 11, 8: „Sed hic sermo dat domino actionem, non b. f. possessori“ — und eben ſo hinſichtlich der actio de servo corrupto l. 1 §. 1 D. 11, 3: „qui bona fide servum emit, hoc edicto non tenebitur, quia nec ipse poterit servi corrupti agere, quia nihil ejus interest, servum non corrumpi, et sane si quis hoc admiserit, eveniet, ut duobus actio servi corr. competat, quod est absurdum.“ Ferner ſoll der b. f. possessor mit der actio de servo c. nicht belangt werden können, weil er nicht damit klagen kann. Von der Caution ſagt Ulpian ſelber l. 13 pr. D. h. t., daß ſie von ihm gefordert werden kann; und dennoch ſoll er ſie nicht fordern dürfen? Wir haben hier bezüglich des b. f. possessor einen Entwicklungsprozeß vor Augen, der noch nicht zum vollendeten Abſchluß gekommen iſt. Für uns liegt die Sache nun ſo: Entweder nämlich folgen wir A. Faber, conj. II. 17, welcher in l. 11 D. h. t. die Worte „id est creditori“ als unechtes Gloſſem geſtrichen wiſſen will, und dies hat nach dem grammatiſchen Gebrauche des Pränomen huic viel für ſich und findet noch einigen Anhalt darin, daß Haloander dieſe Worte in Parentheſe eingeſchloſſen und dabei bemerkt hat: alias desunt. Dann würde in l. 11 das „huic prospiciendum“ grammatiſch richtig auf den b. f. possessor zu beziehen ſein und eine Verwerfung der Anſicht des Marcellus enthalten; l. 13 §. 9 aber würde als eine aus Verſehn der Kompilatoren hervorgegangene Wiederholung anzuſehen ſein. Oder wir laſſen den Text, wie wir ihn leſen, als richtig gelten. Dann müſſen wir dem vorher gedachten Entwickelungsprozeſſe Rechnung tragen und in wiſſenſchaftlicher Konſequenz dem b. f. possessor, dem die Aquiliſche Klage und die actio furti zuſteht, auch die Forderung der Caution zugeſtehn [103]). Die

103) Burkhardt S. 306. Windſcheid, Pand. §. 459 not. 3.

Digitized by Google

früher von mir gegebene Erklärung der l. 11 und l. 13 §. 9 kann ich nicht aufrecht erhalten. Sie ging dahin: Ulpian sagt nur ausdrücklich, daß dem creditor pigneraticius mit der Caution geholfen werden müsse, es kann aber dabei angenommen werden, daß Ulpian der Ansicht gewesen sei, es verstehe sich hiernach von selbst, daß die Caution auch dem b. f. possessor zustehe, weil der Grund, welchen Marcellus für die Nichtberechtigung des creditor anführt, non in hujus persona stipulationem committi, noch viel weniger beim b. f. possessor stichhaltig sein könne, von welchem gesagt wird: „vindicat rem suam esse." In l. 13 §. 8 D. h. t. fährt Ulpian fort: „daß die Stipulation wegen damnum infectum zustehe, war sonst zweifelhaft, nach neuerem Rechte ist es gewiß (hodie constat). Aber dennoch (Sed) behauptet Marcellus — wird nun §. 9 eod. zu übersetzen sein — soll dem b. f. possessor die Stipulation nicht zustehen"; und es wird wegen des „Sed", mit welchem Ulpian die Meinung des Marcellus im Gegensatze zu dem hinsichtlich des Superfiziar und Usufruktuar geltenden Rechte anführt, anzunehmen sein, daß sie Ulpian abermals stillschweigend mißbilliget habe[104]).

Wer ist verpflichtet, die Caution zu leisten.

§. 13.

Wir müssen bei Beantwortung dieser Frage zwei Fälle unterscheiden. Handelt es sich um ein operis vitium, d. h. um eine Anlage, ein Werk, das erst errichtet werden soll, um Hand-

104) Diese Ansicht vertheidigt Reitzenstein, diss., num b. f. possessori deneganda sit damni infecti stipulatio; Monach. 1830. Vergl. auch Westphal de libert. et serv. praed. §. 237: „Ulpianus tantum refert, non probat — verbis: nam nec in hujus persona committi stipulationem satis indicat, sibi in hoc eo iniquiorem videri Marcellum."

Digitized by Google

lungen, die Jemand auf dem seinigen, oder auf fremdem Grund und Boden unternimmt (§. 2), so ist jederzeit der Unternehmer selbst verpflichtet, die Caution zu leisten[105]) l. 20 D. h. t.: „Inter fructuarium et dominum proprietatis ita d. infecti cautio locum habet, si fructuarius quidem de soli vitio caveri sibi desideret, dominus vero proprietatis de operis vitio, si quid fructuarius aedificet, l. 24 pr. l. 30 D. eod.

Ein Fall aber ist in den Quellen nicht ausdrücklich berührt, welcher in Praxi sehr verschiedene Erkenntnisse hervorgerufen hat, wir meinen, wenn Jemand als Miethsmann, Pächter u. s. w. auf einem Grundstücke Handlungen oder Anlagen unternimmt, welche dem Nachbar Schaden drohen. Es werden dabei folgende Grundsätze anzuwenden sein:

a) Sind es die eigenen Handlungen des Miethers oder Pachters, welche an und für sich die Ursache des drohenden Schadens bilden, so ist blos der Miether oder Pachter zur Cautionsleistung verpflichtet, nicht der Eigenthümer des vermietheten Grundstücks, nach Analogie der l. 24 §. 7 D. 39, 2[106]) und der Fälle wenn Jemand in publico ein Werk unternimmt[107]).

Der Eigenthümer des Grundstücks ist nur dann verpflichtet, wenn das Werk in seinem Auftrage oder mit seiner Genehmigung

---

105) Bangerow, Leitfaden, §. 678, III. Sintenis, Civilrecht, B. 2 S. 799.

106) In dieser Stelle war die Caution vom Eigenthümer des Ofens gefordert worden, der Schaden aber durch die Fahrlässigkeit des Bäckers, dem er ihn vermiethet hatte, entstanden. Wenn nun gleich die Klage ex stipulatu gegen den Eigenthümer abgesprochen wird, so liegt indirekt doch darin das Zugeständniß, daß die Caution auch hätte vom Bäcker gefordert werden sollen.

107) Die Caution wird verweigert, wenn die Dampfschifffahrt den Anliegern schadet, weil nicht ein Nachbargrundstück Schaden droht, Seuffert, Arch. IX, 35 (Celle).

Digitized by Google

unternommen wird, oder wenn er es nicht verhindert, wo er ein jus prohibendi hat[108]).

b) Sind es dagegen Bauwerke, Gebäude oder Grundstücke, welche durch ihre Beschaffenheit Schaden drohen, auch wenn ein Anderer sie erst errichtet oder Veränderungen damit vorgenommen hat, so ist stets der Eigenthümer zur Cautionsleistung verbunden[109]). Er hat dem Nachbar gegenüber seine Sachen zu vertreten und konnte entweder die Handlungen des Andern verhindern, l. 24 §. 6 D. h. t. oder von diesem sich Caution leisten lassen, arg. l. 13 §. 2 D. h. t. Dies gilt auch, wenn nicht das opus perfectum an sich, sondern dessen Betrieb oder Gebrauch (abgesehen von culpa) Schaden droht.

Wenn hingegen eine Caution wegen aedium oder loci vitium in Frage steht, so folgt aus den über die Prinzipien, auf denen die Caution beruht, oben entwickelten Sätzen von selber, daß zunächst der Eigenthümer zur Cautionsleistung verpflichtet ist, weil es sich um eine Vertretung (defendere) der schadendrohenden Sache handelt. In l. 9 §. 4, 5 l. 10, l. 15 §. 27, l. 19 pr. l. 22 D. h. t. werden dem Eigenthümer zur Seite gestellt mit gleicher Verpflichtung: der bonae fidei possessor, l. 13 pr. D. h. t. l. 11, l. 12 D. 9, 4; der Superfiziar, und der Emphyteuta, l. 9 §. 4, l. 15 §. 26, l. 19 pr. D. h. t. Wenn das Eigenthum des gefahrdrohenden Grundstücks streitig ist, so ist während des Prozesses der Besitzer gehalten, die Caution zu leisten; l. 39 §. 1 D. h. t.[110]).

Bei der Superficies und Emphyteuse ist sowohl der Eigen-

108) Vgl. oben §. 5 S. 28, l. 24 §. 6 D. h. t. Burkhard, S. 184 ff.

109) Seuffert, Arch. XXXIII. 31. Die Anlage ist die Bedingung des Betriebs.

110) Leistet er sie nicht, so wird der Besitz der schadendrohenden Sache auf den Gegner übertragen (keine missio in rem). Bekker, Actionen I, 198. Burkhard S. 334.

Digitized by Google

thümer, als der dinglich Berechtigte cautionspflichtig, l. 9 §. 4, l. 15 §. 26, 27 D. h. t. [111]).

Findet an der gefahrdrohenden Sache Miteigenthum statt, so haben die einzelnen Miteigenthümer nur pro rata zu caviren, l. 27 D. h. t. „Contra si plures domini sunt vitiosarum aedium, pro sua quisque parte promittere debet, ne singuli in solidum obligentur." — l. 40 §. 3 D. eod. Ja, wenn der Eine in solidum die Caution geleistet und Ersatzleistung gewährt hat, steht ihm nicht einmal die actio communi dividundo zu, weil er etwas gethan hat, was nicht nöthig war, l. 6 §. 7 D. 10, 3 [112]).

Im Fall endlich an dem gefahrdrohenden Grundstücke ein Usus fructus begründet ist, oder Hypotheken aufhaften, bleibt immer zunächst der Eigenthümer gehalten, die Caution zu leisten, und sie ist in der Regel von diesem zu fordern. Nur wenn Dieser sie zu leisten sich weigert oder die Vertheidigung des Grundstücks überhaupt unterläßt, sind auch der Usufructuar und der Pfandgläubiger verpflichtet, die Caution zu leisten, wenn sie nicht der Ausübung ihres Rechtes an dem

111) Quaesitum est, si solum sit alterius, superficies alterius, superficiarius utrum repromittere damni infecti, an satisdare debeat? Et Julianus scribit: quoties superficiaria insula vitiosa est, dominum et de soli et de aedificii vitio repromittere, aut eum, ad quem superficies pertinet, de utroque satisdare."

l. 15 §. 26: „Si de vectigalibus aedibus non caveatur, mittendum in possessionem dicemus, nec jubendum possidere, sed decernendum, ut eodem jure sit, quo foret is, qui non caverat: post quod decretum vectigali actione uti poterit." §. 27.: Sed in vectigali praedio, si municipes non caverint, dicendum est, dominium per longum tempus acquiri." — Die Lesart: si mancipes non caverint, ist Konjektur und nicht nothwendig.

112) Es bleibt ihm aber die actio negot. gestor. l. 40 D. 3, 5. Vgl. l. 10, l. 20 §. 2 D. 11, 1. Nicht entgegen steht l. 23 h. t. nisi in solidum fuerit cautum, mittetur in possessionem — weil in portionem mittitur nach l. 5 §. 1 h. t., l. 5 §. 11 D. 36, 4. Bachofen, Pfandr. S. 377. Burkhard S. 339 ff.

Digitized by Google

Grundstücke verlustig werden wollen, l. 9 §. 5, l. 10, l. 11, l. 12, l. 15 §. 25, l. 19 pr. l. 22 D. h. t. Ueber die Einzelheiten des hiernach zwischen dem Eigenthümer auf der einen, und dem Superficiar, Emphyteuta, Usufruktuar und Pfandgläubiger auf der andern Seite entstehenden Rechtsverhältnisses sprechen wir des Zusammenhanges wegen weiter unten bei Gelegenheit der Missionen.

Nach l. 13 §. 1 h. t. ist auch der, welchem eine Realservitut zusteht (qui jus habet, utputa servitutem) Caution zu leisten verpflichtet. Dies bezieht sich auf das, was er im Rahmen seines Rechts unternimmt (facit), z. B. wenn er seine Wasserleitung bessert, reiniget, ändert, und unzweifelhaft ist es, daß er überhaupt nicht wegen des praedium serviens in Anspruch genommen werden kann. Aber wie steht es um die schadendrohende Beschaffenheit der Anlage, mittelst deren er sein Recht übt, eines Kanals, Wasserröhren u. dgl., die einen besondern Körper gleichsam im dienenden Grundstück bilden? In l. 13 §. 1 h. t. wird gesagt, er soll nur repromittere, quia suo nomine id facit, und in l. 30 §. 1 eod. sed quum de opere, quod faciet, exigatur stipulatio, consequens erit dicere, sufficere repromissionem; quodammodo enim de re sua cavit. Das soll nach Burkhard gleichbedeutend sein mit suo nomine id facit, also nur auf das id facere sich beziehn. Allein dem steht das quodammodo entgegen; es wäre ganz überflüssig. Quodammodo de re sua cavit kann nur heißen: er cavirt gleichsam wegen seiner eigenen Sache. Dafür spricht auch l. 27 §. 32 D. 9, 2: Si quis aquaeductum meum disuerit, licet caementa (fistulae u. dgl.) mea sunt, quae diruta sunt, tamen quia terra mea non sit, melius est dicere, actionem utilem dandam. Der Servitutberechtigte wird also gleichsam als Eigenthümer der Anlage angesehn, und ist deshalb cautionspflichtig, sei es, daß ein Nachbar oder daß

Digitized by Google

der Eigenthümer des praed. serviens sie fordert. Den letzten Fall finden wir in l. 18 D. 8, 2 angeführt[113]).

Ueber die Frage, ob auch der Staatsfiskus und Kommunen die Caution zu leisten haben s. §. 68 ff.

In welcher Weise wird die Caution bestellt?

§. 14.

Der allgemeine Zweck der Cautionen ist die Sicherung der uns zuständigen Rechte oder Ansprüche, welche ohne Caution entweder verloren gehen möchten, oder wenigstens mit großen Schwierigkeiten und vielleicht nur unvollständig realisirt werden könnten[114]). Die Mittel, durch welche die Sicherheit bestellt wird, bestehn in: Eidesleistung, Pfandbestellung, Bürgschaft oder Gelddeposition. Ein besonderes Mittel der Sicherheitsleistung schuf noch der Prätor durch Stipulationen, welche deshalb stipulationes praetoriae genannt werden. Ihnen gegenüber stehen die judiciales, communes und conventionales (tit. 3, 18 Inst. de divisione stipulationum), die jedoch in l. 1 D. de stip. praet. 46, 5 hinwieder als Unterabtheilungen der prätorischen Stipulationen behandelt werden. Namentlich bediente sich der Prätor auch der Stipulationen zu dem Zwecke, um in gewissen Fällen eine neue Klage (die actio ex stipulatu) zu schaffen und damit Ansprüchen, die er schützen wollte, zu Hilfe zu kommen[115]). Diese Stipulationen werden cautionales genannt und dahin definirt: „cautionales autem sunt,

---

113) Burkhard S. 265 Note 30 nimmt selbst hier an, daß die fistulae applicatae aedibus meis auf Grund einer Servitut den Gebäuden angefügt sind.

114) Sintenis, Civilrecht, Bd. 1 S. 353 ff. Mühlenbruch, Pandekten §. 114. Glück, Bd. III S. 456.

115) Glück a. a. O. §. 243 S. 432.

Digitized by Google

quae instar actionis habent, et ut nova actio sit intercedunt", l. 1 §. 2 D. 46, 5. Zu dieſer Gattung iſt auch die cautio damni infecti zu zählen, und ſie wird, weil ſie eben zu dem Zwecke dient, eine Klage zu vermitteln, auch bisweilen actio damni infecti genannt, l. 37 D. 44, 7, l. 33 D. 39, 2.

Die cautio d. inf. wird nun entweder durch bloßes Verſprechen (nuda repromissio) geleiſtet, oder es wird neben dem Verſprechen auch noch Bürgſchaftsſtellung erfordert, (satisdatio) l. 1 D. 2, 8. In welchen Fällen nun dieſe oder jene Art der Cautionsleiſtung erheiſcht wird, darüber geben folgende Stellen Auskunft:

l. 7 pr. D. h. t.: „Praetor ait: damni infecti suo nomine promitti, alieno nomine satisdari jubebo" — „si controversia sit, dominus sit nec ne, qui cavebit, sub exceptione satisdari jubebo. De eo opere, quod in flumine publico ripave ejus fiet, in annos decem satisdari jubebo."

l. 13 §. 1 eod.: „Sive corporis dominus, sive is, qui jus habet, utputa servitutem, de damno infecto caveat, puto eum repromittere debere, non satisdare, quia suo nomine id facit, non alieno".

l. 1 §. 7 D. 46, 5.: „Item ex causa damni infecti — si quid in flumine publico fiat, satisdatur, de aedibus autem repromittur."

Aber wer cavirt suo nomine, wer alieno? Dieſe Frage wird ſehr verſchieden beantwortet? Donell meint, suo nomine cavire, wer suo nomine belangt werde, wer de damno suae rei oder operis ejus, quod fecit rei suae nomine zur Cautionsleiſtung aufgefordert werde[116]). Sintenis verſteht dabei den Eigenthümer, b. f. possessor und den Inhaber einer Realſervi-

116) Comm. j. XV c. 47 §. 12.

Digitized by Google

tut[117]). Bachofen ſagt, für fremdes Eigenthum wird Satisdation geleiſtet, für das eigene wird repromittirt[118]). Ich ſelbſt war früher der Meinung, daß suo nomine derjenige cavire, welchem wegen der gefahrdrohenden Sache die actio Publiciana zuſtehe, (die ja ad instar proprietatis iſt). Allein die Bedeutung des suo nomine, wie ſie in andern Fragmenten vorkommt, l. 93 pr. D. 46, 3, l. 5 §. 5 D. 44, 4, l. 6 §. 12 D. 42, 8 weiſt mehr darauf hin, daß das suo nomine die Bedeutung hat: für ſich ſelbſt, in eigner Angelegenheit caviren, alieno nomine cavere alſo die Cautionsleiſtung in fremder Sache (für einen Andern) bezeichnen muß, als defensor des eigentlich Verpflichteten (Eigenthümers), wie wohl im eignen Intereſſe, nach der Rechtsregel: qui alium defendit, satisdare cogitur[119]). Es genügt alſo Repromiſſion bei dem Eigenthümer, bei dem bon. fidei possessor (l. 13 h. t.) und bei dem Emphyteuta, deſſen Verhältniß dem Eigenthum am nächſten ſteht. Satisdation müſſen leiſten: der Superficiar, der Uſufruktuar und der Pfandgläubiger, l. 9 §. 5, l. 10, l. 15 §. 25, (l. 11) h. t. Nach dieſen Grundſätzen cavirt der, welcher in alieno (privato) etwas unternimmt, suo nomine und repromittirt[120]); wer in publico opus facit, hat zu repromittiren oder Bürgen zu ſtellen secundum qualitatem personam, l. 1 §. 3, 4 D. 43, 15, d. h. nach der Qualität des Poſtulanten, ob er im öffentlichen Intereſſe oder ob er für ſich ſelbſt und das Seine die Caution fordert, l. 8 §. 2, 3 D. 39, 1.

---

117) Civilrecht §. 127 Anm. 48, 49.

118) Pfandr. S. 125, 390.

119) §. 1, 5 J. 4, 11. Gajus IV 101. Burkhard S. 468. Als Zweck der satisdatio wird die Sicherung eines Hilfsobjekts angeſehn von Voet. comm. 39, 2 §. 6. Sintenis l. c. not. 49 §. 127.

120) l. 9 §. 1 D. h. t. si modo d. inf. repromittent. In der andern betreffenden Stelle wird nur von cavere geſprochen; aber nach l. 1 §. 3 D. 43, 15 (vel cavere vel satisdare) dürfte unter cavere im Allgemeinen das repromittere zu verſtehn ſein.

Digitized by Google

Wer in flumine publico etwas unternimmt, hat Satisdation zu leisten, l. 24 pr. h. t., l. 1 §. 7 D. 46, 5.

Wenn nun aber Derjenige, welcher Caution leisten soll, behauptet Eigenthümer zu sein, während der Kläger dies bestreitet und nur den Ususfruktus oder ein Pfandrecht ihm zugesteht, so soll „sub exceptione satisdari," d. h. es sollen einstweilen Bürgen bestellt werden, aber diese brauchen sich nur unter der Bedingung zu verpflichten, daß der Cavent nicht Eigenthümer ist, l. 22 §. 1. l. 31 §. 1 D. h. t. In diesem Falle kann aber nicht der Kläger etwa verlangen, daß Derjenige, welcher sich für den Eigenthümer des schadendrohenden Grundstücks ausgiebt, sub exceptione Bürgschaft bestelle, und auch Derjenige, welchen der Kläger für den Eigenthümer anspricht, außerdem noch mittelst bloßen Versprechens Caution leiste; sondern es darf der Kläger nur einen von beiden herauswählen, l. 22 §. 1 D. h. t.[121]).

Von selbst versteht sich, daß nach heutigem Rechte die satisdatio auch durch Pfandbestellung, Gelddeposition u. s. w. bewirkt werden kann, und daß bei uns statt der Stipulation jedes Versprechen, den Schaden zu ersetzen, genügt.

IX. Conventionalcaution[122]).

§. 15.

Wir wissen aus dem vorhergehenden Paragraphen, daß neben den prätorischen Stipulationen noch eine andere Gattung genannt wurde, stipulationes conventionales. Diese werden in §. 3 Inst. 3, 18 also definirt: „Conventionales sunt, quae ex conventione utriusque partis concipiuntur, hoc est neque jussu judicis, neque jussu Praetoris, sed ex conventione

121) Bangerow, Pand. §. 678. IV. Burkhard S. 471.

122) Burkhard S. 114 ff. Groh a. a. O. S. 25 ff. Bangerow a. a. O. §. 678 XI.

Digitized by Google

contrahentium, quarum totidem genera sunt, quot, paene dixerim, rerum contrahendarum.“ Die Conventionalcaution begreift also ein Versprechen, einen künftigen Schaden zu ersetzen, welches lediglich auf Grund freier Vereinigung der Betheiligten geleistet wird, ohne daß ein richterliches Dekret oder ein Gesetz (Edikt) die Parteien dazu verpflichtete. Derartige Stipulationen mögen bei den Römern häufig in Gebrauch gewesen sein. Namentlich scheinen sie auch häufig bei dem damnum infectum Anwendung gefunden zu haben; es wurde mittelst derselben eine Caution freiwillig in solchen Fällen bestellt, in welchen sie auf Grund des prätorischen Edikts nicht gefordert werden konnte.

Das erste Beispiel liefert uns l. 43 §. 1 D. h. t.: „Quum parietem communem aedificare quis cum vicino vellet, priusquam veterem demoliretur, damni infecti vicinus repromisit, adeoque restipulatus est[123]); posteaquam paries sublatus esset, et habitatores ex vicinis coenaculis emigrassent, vicinus ab eo mercedem, quam habitatores non redderent, petere vult. Quaesitum est: an recte petet? Respondit, non oportuisse eos, quum communem parietem aedificarent, inter se repromittere, neque ullo modo alterum ab altero cogi potuisse; sed si maxime repromitterent, tamen non oportuisse non amplius, quam partis dimidiae, quo amplius ne extraneo quidem quisquam, quum parietem communem aedificaret, repromittere deberet; sed quoniam jam in totum repro-

123) Westphal a. a. O. §. 220 meint, es sei anstatt adeoque zu lesen ab eoque restipulatus est, allein es ist dies nicht nothwendig und adeo sogar bezeichnender für unsern Fall. Restipulari heißt „dagegen stipuliren“ und wird von dem gesagt, der selbst vorher dem, von welchem er jetzt stipulirt, promittirt hatte. Cujacius Comm. ad tit. D. de pactis l. 27. Huschke, Gajus S. 223.

Digitized by Google

mississet, omne quod detrimenti ex mercede vicinus fecisset, praestaturum."

Nach den Grundsätzen des Edikts hätte in dem erzählten Falle die Caution nicht gefordert werden können (non oportuisse eos inter se repromittere, neque ullo modo alterum ab altero cogi potuisse), weil der durch das gemeinschaftliche Bauen entstehende Schaden jedem gleichmäßig zur Last fiel, und jeder der Miteigenthümer wegen des Schadens, den er etwa durch ein widerrechtliches Gebahren des Anderen erlitten hatte, mit anderen Klagen (actio communi dividundo, actio pro socio) hervortreten konnte, l. 3, l. 8 §. 2. l. 12 D. 10, 3[124]), auf Bestellung der Caution aber nur dann geklagt werden kann, wenn eine andere entsprechende Klage nicht gegeben ist. Aber da die Parteien einmal aus freier Uebereinkunft die Caution (Conventionalcaution) geleistet haben und Einer dem Andern den ganzen Schaden, der ihn treffen kann, zu ersetzen versprochen hat, so muß der Cavent auch vollen Schadensersatz gewähren, obschon er, wenn die Conventionalcaution nicht im Mittel läge, dem Andern höchstens die Hälfte des Schadens zu ersetzen verpflichtet wäre.

Ein zweites Beispiel finden wir in l. 39 pr. D. h. t.: „Inter quos paries communis est, aedificiorum nomine, quae quisque propria habet, stipulari damni infecti solet[125]). Sed tunc ea cautio necessaria est, quum aut alter solus aedificat, et vitium ex opere futurum est, aut alter pretiosiora aedificia habet et plus damni sensurus sit decidente pariete; alioquin si aequale periculum est, quantum quis vicino praestat, tantum ab eo consequi-

124) Westphal a. a. O. §. 220 not. 186.

125) Hierher gehört auch l. 28 h. t. Idemque juris esse etc.

Digitized by Google

tur“[126]). Hier weist der Ausdruck „stipulari d. inf. solet“ deutlich auf die Gewohnheit der Römer hin, auf Grund freier Vereinigung (conventio) die Caution zu leisten. Der zweite Fall, welcher von den Worten „aut alter pretiosiora aedificia“ an aufgestellt wird, ist ein solcher, welcher eine Conventionalcaution enthält; während im ersten Falle: cum aut alter solus aedificat, eine gesetzlich obliegende Caution angedeutet wird. Die Worte sed tunc ea cautio necessaria est sollen andeuten, daß, während die Eigenthümer wegen einer gemeinschaftlichen Wand oft auch die Caution aus freier Uebereinkunft zu leisten pflegten, wo sie ganz zwecklos war, die Cautionsleistung doch nur in den beiden bezeichneten Fällen ein wirkliches Bedürfniß sei und einen Nutzen gewähre[127]), resp. im ersten Falle erzwungen werden kann[128]).

Zur Rechtfertigung dieser Erklärung muß auf §. 97—100 verwiesen werden.

„Sed tunc ea cautio necessaria est, cum alter pretiosiora aedificia habet et plus damni sensurus sit decidente pariete; alioquin si aequale periculum est, quantum quis vicino praestat, tantum ab eo consequitur“, ist darnach so zu erklären. Wir haben hier eine Conventionalcaution, die sowohl den Fall begreift, daß beide Miteigenthümer die gemeinschaftliche Wand repariren, als auch den Fall, daß die nothwendige Reparatur unterbleibt[129]). Wenn ihnen durch den Ein-

126) Cicero, Topica cap. 4. „At si quis in pariete communi demoliendo damni infecti promiserit.“

127) Cicero de invent. II. 49: „considerando, utra lex ad utiliores, ad honestiores ac magis necessarias res pertineat“.

128) Die Caution kann si alter solus aedificat mit Zustimmung des Andern nur Conventionalcaution sein, weil diesem wegen leichtsinnigen und culposen Bauens die actio ex lege Aquilia zustehen würde. Baut der alter solus in Folge Richterspruchs, so ist sie die gesetzliche Caution, vgl. unten §. 98, 99.

129) Westphal a. a. O. II. 12. §. 222, der übrigens über die cautio

Digitized by Google

ſturz der Wand Schaden geſchieht, ſo tragen beide gleiche Schuld, und wenn beider Schaden gleich groß iſt, ſo tragen beide gleiche Theile deſſelben, oder: ſo viel der Eine dem Andern Schaden erſetzt, ſo viel erhält er auch von dem Andern wieder gewährt. Dieſer Ausſpruch des Pomponius fußt auf den Grundſätzen von der Communio; die betreffende Regel iſt hinſichtlich der gemeinſchaftlichen Wand in l. 40 §. 1 D. h. t. enthalten: „Quoties communis parietis vitio quid accidit, socius socio nihil praestare debet, quum communis rei vitio contigerit. Quodsi quia alter eum presserat vel oneraverat, id circo damnum contigit, consequens est dicere, detrimentum hoc, quod beneficio ejus[130]) contigit, ipsum sarcire debere. Quodsi aequaliter utriusque oneribus pressus decidit, rectissime Sabinus scripsit, parem[131]) utriusque causam esse. Sed si alter plures vel pretiosiores res amiserit, melius est dicere, quia ambo onera imposuerunt, neutri adversus alterum competere actionem".

Dieſe Stelle berührt die cautio d. inf. in keiner Weiſe, ſie dient lediglich zur Erläuterung der bei dem paries communis gangbaren Rechtsſätze, und das „ipsum sarcire debere" iſt nicht von der actio ex stipulatu, als Wirkung einer geleiſteten Caution, ſondern nur als Konſequenz eines bei Miteigenthum geltenden Rechtsſatzes (§. 97 unten) aufzufaſſen.

Ein weiteres Beiſpiel einer Conventionalcaution findet ſich in l. 17 §. 2 D. 8, 5: „Secundum cujus parietem vicinus

---

necessaria und inutilis nicht im Klaren ſein dürfte, indem er die letztere für eine unnütze, überflüſſige anſieht.

130) Es kann hier nur unter ipsum und ejus der andere socius zu verſtehen ſein, der das premere und onerare geduldet hat (beneficio ejus contigit).

131) parem, was Brenkmann in verſchiedenen Handſchriften gefunden, iſt den andern Lesarten „parietem" — „pariatam" offenbar vorzuziehen.

Digitized by Google

sterquilinium fecerat, ex quo paries madescebat; consulebatur, quemadmodum possed vicinum cogere, ut sterquilinium tolleret? Respondi: Si in loco publico id fecisset, per interdictum cogi posse, sed si in privato, de servitute agere oportere; sed si damni infecti stipulatus esset, posse per eam stipulationem, si quid ex ea re sibi damni datum esset, servare". Der Inhalt dieſer Stelle iſt folgender: Hat der Nachbar widerrechtlich die Düngerſtätte in publico oder auf ſeinem Grund und Boden neben meiner Wand angelegt, ſo brauche ich dies nicht zu dulden und kann mit dem Interdikt oder der Negatorienklage (de servitute agere) auf Entfernung klagen. Habe ich aber die Miſtgrube anlegen und mir wegen drohenden Schadens die Caution leiſten laſſen, ſo habe ich aus der Caution eine Klage auf Schadenserſatz [132]). Daß dies die richtige Erklärung der Stelle ſei, insbeſondere, daß die Caution gleich vornherein bei Anlegung der Miſtgrube geleiſtet worden, beweiſt der Gebrauch des Plusquamperfektum in den Worten „si damni infecti stipulatus esset". Nach der Anlegung der Miſtgrube hätte ohnehin die Caution geſetzlich nicht mehr gefordert werden können, weil ein unerlaubtes Werk, von dem man vorausſehen konnte, daß es Schaden zufügen werde, zugelaſſen worden iſt [133]).

---

132) Wenn Reinhardt a. a. O. S. 243 ſagt: „So wird es vollkommen erklärlich, warum bei dem Anlegen einer Düngergrube ꝛc. weder eine Negatorienklage noch eine actio in factum, vielmehr lediglich die cautio d. inf. gegeben wird" — ſo beruht dies offenbar auf einem Ueberſehen; denn in den Worten: de servitute agere oportere iſt doch unzweifelhaft von der Negatorienklage die Rede. l. 8 §. 3 D. 39, 1.

133) Siehe §. 7 oben. A. M. Burkhard S. 241. Die Anlage mag wider den Willen des Nachbars gemacht ſein; es mag ſich auch in erſter Linie um das tollere der Anlage handeln. Allein dies ſchließt nicht aus, daß der Juriſt eine andere Frage noch beantwortet und ſagt: allein wenn einmal der Nachbar ſich hat Caution leiſten laſſen, dann kann er nur Schadenserſatz (kein tollere) erlangen.

Digitized by Google

Bei dieſen Conventionalcautionen gelten im Ganzen die Grundſätze von Verträgen, und es entſcheidet dabei die Abſicht und der Wille der Kontrahenten. Die Eigenthümlichkeiten der prätoriſchen Caution kommen dabei begreiflich nicht in Betracht. Nur das, was wir über die Zurechnung des Schadens oben erörtert haben, kommt dabei in Anwendung, Cicero, Top. cap. 4.

Verfahren bei der Forderung der cautio damni infecti.

§. 16.

Das Geſuch um Beſtellung einer Caution mußte bei dem Prätor oder praeses provinciae angebracht werden. Es wurde aber kein judex beſtellt und kein judicium gegeben, ſondern die Sache vom Prätor ſofort weiter unterſucht und entſchieden (extraordinaria cognitio). Da aber bei der Verhandlung über die Caution Gefahr im Verzuge iſt, ſo hat der Prätor die Erörterung und Entſcheidung der Sache, ſowie die missio ex primo decreto den Municipalmagiſtraten übertragen, und nur die Entſcheidung über die missio ex secundo decreto und die actio in factum ſich vorbehalten [138]). l. 1. l. 4 §. 3 D. h. t. l. 4 D. 2, 1.

---

134) l. 1 D. h. t.: „Quum res damni infecti celeritatem desiderat et periculosa dilatio Praetori videtur, si ex hac causa sibi jurisdictionem reservaret, magistratibus municipalibus delegandum hoc recte putavit".

Viele, z. B. Dirkſen, verſtehen dieſe Stelle ſo, daß der Prätor nur dann, wenn ihm die Sache Beſchleunigung zu erfordern ſchien, delegirt habe. Dagegen Hugo, Gött. gel. Anz. 1812. S. 1693, Mehrmann. Thesaurus Tom. II. pag. 239 und beſonders Huſchke, Gajus S. 216 not. 31, wo auch die verſchiedenen Lesarten der Stelle kritiſirt werden. Putabit ſtatt putavit wird von ihm verworfen. Das erſtere hat die Florentina, das zweite die Vulgata.

Digitized by Google

Die Forderung konnte selbstverständlich auch außergerichtlich gestellt werden, l. 44 pr. h. t., nur schützt sie nicht gegen den Verlust des Ersatzes, wenn der Schaden vor geleisteter Caution eintritt. Sie konnte ferner indirekt begehrt werden durch die operis novi nuntiatio und das prohibere nach den Grundsätzen des interd. quod vi aut clam, l. 1 §. 16. 17 D. 39, 1. l. 3 §. 6 D. 43, 24. l. 19 §. 4 D. 19, 2.

Erscheint in Folge der gerichtlichen Forderung der Caution (postulatio) der Beklagte nicht vor Gericht, so erläßt der Magistrat auf Antrag eine Vorladung desselben, denuntiatio ex auctoritate; die Anzeige des prätorischen Befehls wird dem Kläger überlassen. Sie kann ad aedes geschehen, wenn der Beklagte abwesend ist oder sich verbirgt, l. 4 §. 5. 6 h. t.

Das Verfahren besteht in einer extraordinaria cognitio (agere, actio damn. inf.) l. 1 §. 9 D. 46, 5: praetor — si aliqua sit controversia — ipse debet super ea re summatim cognoscere et cautum jubere aut denegare. Der Kläger hat alle Thatsachen anzuführen, welche sein Recht, die Caution zu fordern, begründen sollen [135]). Eine Erörterung oder Beweisaufnahme erfolgt nicht, sondern es hat, si dicatur per calumniam desiderari, der Kläger einen Calumnieneid zu leisten, l. 13 §. 3 h. t. l. 1 §. 9 supra cit. (non inquiretur, utrum intersit ejus an non, an vicinas aedes habeat an non habeat). Auf Grund dieser Vorgänge dekretirt der Prätor, daß die Caution zu leisten oder das Gesuch abzuweisen sei. Gegen den indefensus, wenn er anwesend, wird sofort die missio in possessionem erkannt, wenn er abwesend, erst nach vorgängiger denuntiatio.

Wer für einen Andern (alieno nomine) die Caution fordert, hat zuvörderst, wenn er keinen Auftrag hat, wegen Ge-

135) Vgl. l. 10 D. 11, 1.

Digitized by Google

nehmigung Sicherheit (de rato) zu bestellen und sodann den Calumnieneid in die Seele des Berechtigten abzuleisten (l. 13 §. 13 h. t.); auch kann unter Umständen, wenn z. B. die Stipulation nach der ersten Eidesleistung nicht erfolgt ist, die wiederholte Leistung dieses Eides gefordert werden, l. 13 §. 12 h. t.[136]).

Die Caution wird nicht auf alle Zeit hinaus geleistet, sondern es wird vom Prätor nach Erörterung der Sachlage bestimmt, bis zu welchem Tage die Caution wirksam bleibt, d. h. eine Klage auf Schadenersatz gewährt, l. 13 §. 15 D. h. t.: „Ipse Praetor diem dabit stipulationi, aestimatione habita ex causa et qualitate damni, quod contingere speratur". l. 14 eod. — etiam longinquitas soli et operis magnitudo spectanda est (vergl. l. 4 pr. l. 7 pr. l. 15 pr. h. t.). Tritt der Schaden erst nach Ablauf dieser Zeit ein, so ist für den Beschädigten die Klage aus der Caution erloschen. Er kann aber auch, so lange noch Grund zu Befürchtung vorhanden, eine neue Cautionsbestellung verlangen, l. 4 pr. l. 15 pr. eod.

Ist aus Versehen der Stipulation kein Tag beigefügt worden, so kann der Cavent nach Ablauf der Zeit, auf welche gewöhnlich die Caution geleistet zu werden pflegt, die Entbindung von seiner Verpflichtung fordern; ist aber in Folge ausdrücklicher Uebereinkunft der Parteien die Zeitbestimmung (dies insertus) weggelassen worden, so haftet der Cavent auch nach Ablauf jener gewöhnlichen Zeit noch für den etwa sich ereignenden Schaden, l. 15 §. 1 D. h. t.

Wenn die Caution wegen Wasserbauten an einem öffentlichen Flusse geleistet wird, soll nach ausdrücklicher Bestimmung des Edikts dieselbe auf zehn Jahre erstreckt werden, l. 7 pr. l. 15 §. 2. 4 h. t. l. 1 pr. §. 3 D. 43, 15[137]).

136) Westphal a. a. O. §. 214—216.

137) Bangerow a. a. O. S. 573 ff.

Digitized by Google

XI. Die cautio d. inf. ist ein subsidäres Rechtsmittel.

§. 17.

Schon in einem früheren Abschnitte wurde darauf aufmerksam gemacht, daß eine Haupteigenthümlichkeit unserer Caution in ihrer subsidären Natur begriffen sei, daß diese aber nicht etwa auf einer rein positiven Vorschrift, noch weniger auf einer spitzfindigen Invention der römischen Juristen beruht, sondern naturwüchsig aus dem innersten Wesen der Caution hervorgehe (intercedit, ut nova sit actio).

Die Caution ist subsidiär, d. h. sie kann nur dann gefordert werden, wenn zur Zeit, wo sie gefordert wird, für den vorliegenden Fall ein anderes auf Schadensersatz gerichtetes Rechtsmittel nicht geboten ist, und nicht von dem beansprucht werden, welcher zur Reparatur der schadendrohenden Sache entweder selber verpflichtet oder gegen Ersatz der Kosten befugt ist.

Diese Regel wird in l. 32 D. h. t. so ausgedrückt: „Et est sane plane nostrorum praeceptorum haec sententia, ut credamus inutilem esse damni infecti stipulationem, quo casu damnum alia actione sarciri possit;“ — dann in l. 18 §. 9 D. h. t.: „quod alia actione quaeri potest, id in stipulationem damni infecti omnino non deducitur.“

Die Juristen geben uns zur Erläuterung folgende Beispiele: Von dem Miethsmann wird gesagt, daß er die Caution von dem Vermiether zu fordern nicht befugt sei, weil er wegen des ihn etwa treffenden Schadens mit der actio ex conducto klagen könne, oder um der Gefahr zu entgehen, die gemietheten Gebäude verlassen dürfe, wenn er nur das bereits fällige Miethsgeld zahle oder Sicherheit deshalb leiste, l. 13 §. 6. l. 33 D. h. t. — Ferner soll weder der Usufruktuar vom Proprietar die Caution fordern dürfen, quia reficiendi facultatem habet, noch

Digitized by Google

der Proprietar vom Usufruktuar, quia habet cum fructuario actionem, ut viri boni arbitratu aedibus fruatur — oder wie es in der andern Stelle heißt, quia usitata stipulatio, qua de re restituenda fructuarius cavet, ad hunc quoque casum porrigitur, l. 18 §. 2. l. 20 D. h. t.[138]).

Dagegen darf der Usufruktuar sie vom Eigenthümer fordern wegen soli vitium[139]) und der Proprietar vom Usufruktuar wegen operis vitium, wenn dieser baut oder sonst ein Werk unternimmt, l. 20 D. h. t.

Desgleichen wird vom Superficiar und von dem Eigenthümer des Grundes und Bodens gelehrt, daß Keiner von ihnen dem Andern zur Leistung der Caution verbunden sei, weil sie gegen einander die Klagen ex locato et conducto gebrauchen können, l. 18 §. 4 D. h. t.

Wenn ein gemeinschaftliches Haus Schaden droht und einer der Miteigenthümer daneben ein Haus besitzt, das ihm allein gehört, so soll er von dem andern Miteigenthümer die Caution nicht fordern dürfen, weil er selbst das gemeinschaftliche Haus repariren und von dem Miteigenthümer den gebührenden Beitrag zu dem Bauaufwande mit der actio pro socio oder communi dividundo erlangen könne, l. 32 D. h. t.[140]).

Endlich kann der Käufer die Caution wegen der gekauf-

---

138) Die Lesart in l. 20 D. h. t.: „quia refectio aedium ad ejus ipsius onus non pertinet", welche die Florentina hat, ist offenbar falsch. Das non ist zu streichen, wie es denn auch in der Vulgata nicht zu finden ist und sich als unpassend aus der Parallelstelle l. 18 §. 2 h. t. ergiebt. Vergl. Bangerow a. a. O. Anm. X, 1. Westphal a. a. O. II 12 §. 233. Ueber verschiedene andere Meinungen Schult. et Smallenberg ad h. l. tom. VI. pag. 167 ff. Mit Püttmann, Interpr. et Obs. cap. 5 die Worte ejus ipsius auf den dominus proprietatis zu beziehen, verwehrt der Zusammenhang der Stelle.

139) Vergl. l. 7 §. 2. l. 54, 55 D. 7, 1.

140) Vergl. §. 98—100.

Digitized by Google

ten Sache nur für die Zeit nach der Tradition fordern, weil ihn bis dahin die actio emti gegen den Verkäufer in Ansehung einer Beschädigung des gekauften Grundstücks sicher stellt, l. 18 §. 9 D. h. t., l. 36 D. 19, 1.

Die zahlreichen, so bestimmt gehaltenen Aussprüche müssen ohne Zweifel uns bestimmen, den Grundsatz der Subsidiarität als herrschende Doktrin und als im Justinianeischen Rechte rezipirt anzusehn[141]), zumal derselbe so innig mit dem ganzen Grundgedanken der Caution verwachsen ist. Dennoch hat es auch hier nicht an Zweiflern gefehlt, und einzelne, anscheinend widersprechende Stellen haben dazu Veranlassung gegeben, daß verschiedene Schriftsteller hier einen Schulstreit der Sabinianer und Prokulejaner angenommen haben, während von andern, z. B. von Schneider, die subsidiären Klagen S. 89 ff., geradezu behauptet worden ist, daß die Frage, ob der subsidiäre Charakter der stip. d. inf. in den Justinianeischen Rechtsbüchern festgehalten worden sei, ohne allen Zweifel verneint werden müsse[142]).

Wir vermögen indessen nicht, die erhobenen Zweifel als begründet anzuerkennen, und haben in dafür citirten Stellen, na-

---

141) Dafür Voet, comm. lib. 39 cap. 2 §. 1. Westphal, l. c. §. 219, 220. Stryk, tract. de act. §. 40. Lauterbach, coll. pand. ad h. t. §. 5. Schmidt, Klagen und Einreden, §. 1231. Bangerow, Leitfaden III S. 585. Sintenis, Civilrecht III S. 796 Note 46.

142) Wenn auch wirklich ein Schulstreit bei den römischen Juristen vorhanden gewesen sein mag, so ist doch in dem Titel de damno infecto keine einzige Stelle aufgenommen worden, welche der Subsidiarität widerspräche, wohl aber eine Mehrzahl solcher Fragmente, welche sie auf das Bestimmteste bezeugen. — Reinhardt a. a. O. S. 244 glaubt: die Subsidiarität habe sich nur auf die Fälle erstreckt, in welchen eine vulgäre Klage dem Impetranten zustehe, nicht aber auf die, in denen nur eine aushilfliche Klage zulässig erscheinen könne." Allein in den Stellen, die er anführt, ist zum Theil nicht von der cautio d. inf., anderntheils nicht von einer aushilflichen Klage die Rede.

Digitized by Google

mentlich: l. 13 §. 1 D. 8, 2. — l. 17 §. 2 D. 8, 5. — l. 27 §. 10 D. 9, 2. — l. 3 §. 6 D. 43, 24 — einen wirklichen Widerspruch mit unserer Ansicht nicht finden können. Es ist nämlich schon früher hervorgehoben worden, daß bei der Conventionalcaution sowohl, als auch bei der Caution wegen operis vitium, quod in alieno fit, die gewöhnlichen Vorschriften über die im Edikte angeordnete Stipulation nicht allenthalben in Anwendung kommen. Es müssen daher

1) Diejenigen Stellen ausgeschieden werden, welche von der Conventionalcaution handeln. Diese kennt kein anderes Gesetz, als eben die freie Uebereinkunft der Betheiligten, und diese hindert nichts, die Caution auch dann zu bestellen, wenn andere Klagen auf Schadensersatz begründet sind. Solche Conventionalcautionen fanden wir in l. 17 §. 2 D. 8, 5, in l. 39 pr. und l. 43 §. 1 D. 39, 2, mit denen dann l. 13 §. 1 D. 8, 2 zusammenhängt. (Vergl. §. 15.)

2) Weiter sind auszuscheiden diejenigen Stellen, welche von der cautio d. inf. wegen eines Werks, was auf öffentlichen Plätzen oder auf einem fremden Grundstücke unternommen wird, handeln[148]). Hier muß vorausgesetzt werden, daß eine Klage gegen die Errichtung des opus an sich nicht begründet ist, denn sonst würde der Praetor den Interdiktenschutz nicht gewährt haben. Die Cautionsleistung aber ist — wie wir bereits im §. 2 gesehn haben — Voraussetzung dieses Interdiktenschutzes, und man kann daher von ihr sagen, daß zur Zeit, wo sie geleistet wird, eine andere Klage wegen des Schadens, den das Werk stiften kann, nicht vorhanden ist. Anders verhält es sich hingegen mit der actio ex stipulatu, wenn eine Beschädigung später wirklich eingetreten ist; neben dieser können auch andere Rechtsmittel, z. B. die actio ex lege Aquilia be-

148) Vergl. hierüber Hoffmann, die Lehre von den röm. Servituten II, S. 231.

Digitized by Google

gründet sein, l. 1 §. 5 D. 43, 15. Diese Eventualität kann indessen der Subsidiarität der Caution um so weniger Eintrag thun, als in Ansehung der Frage, ob dem Kläger außer der Stipulation noch andere Rechtsmittel zu Gebote stehen, der Zeitpunkt, wo die Caution gefordert wird, entscheidend ist. Daß aber hier die Caution zu einer Zeit in Anspruch genommen werden darf, wo sich ein künftiger Schaden meist noch nicht als wahrscheinlich voraussehen läßt, darf nicht als eine unbillige oder unzweckmäßige Forderung betrachtet werden, denn es handelt sich ja um Unternehmungen, die Jemand nicht auf seinem Eigenthume, sondern auf fremdem Grund und Boden oder in publico beginnt.

Es bleiben uns nun zur Erklärung noch folgende Stellen, welche Zweifel erregt haben, übrig:

l. 27 §. 10 D. ad legem Aquiliam, 9, 2: „Si furnum secundum parietem communem haberes, an damni injuria tenearis? Et ait Proculus: agi non posse, quia nec cum eo, qui focum haberet. Et ideo aequius puto, in factum actionem dandam, scilicet si paries exustus sit; sin autem nondum damnum mihi dederis, sed ita ignem habeas, ut metuam, ne mihi damnum des, damni infecti puto sufficere cautionem."

In der ersten Auflage nahm ich an, daß die actio legis Aquiliae hier in factum gegeben werde, weil das damnum nicht corpore corpori, sondern bloß corpori datum sit ist. Daß hier von einer actio ex lege Aquilia die Rede ist, kann nach der Stellung des Fragments in D. tit. 9, 2 und nach dem sonstigen Inhalte der l. 27 nicht bezweifelt werden. Nun aber lautet die Frage: an damni injuria tenearis? und die Antwort des Proculus: agi non posse, quia nec cum eo, qui focum habet. Also es ist keine injuria, d. h. culpa, vorhanden; denn wer einen furnus in Gebrauch nimmt, handelt eben so erlaubt, wie

Digitized by Google

der, welcher Feuer auf seinem Herde hat. Die actio ex lege Aquilia ist also wegen Mangels an culpa (daß ein culposer Gebrauch stattgehabt habe, wird nicht gesagt, vielmehr durch die Bezugnahme auf den focus ausgeschlossen), nicht begründet. Aber wenn dem Nachbar geschadet worden ist (si paries exustus sit) soll ihm eine auf der aequitas (aequius puto) beruhende Klage auf Schadenersatz in factum gegeben werden [144]). Diese Klage fällt also im Prinzip und in der Grundlage mit der cautio damni inf. ganz zusammen, ist aber dennoch mit der actio in factum, welche der Prätor bisweilen als Ersatz für diese Caution gewährte, nicht identisch [145]). Wenn man also wegen des Gebrauchs des Backofens, weil stark gefeuert wird, die Caution fordert, so steht zu dieser Zeit weder fest, daß die Wand beschädigt werde, noch daß dies durch Schuld des Besitzers des Backofens geschehn werde; von der actio ex lege Aquilia kann also zur Zeit keine Rede sein.

Die Caution kann ja sicherlich nur durch solche Klagen ausgeschlossen werden, deren Voraussetzungen und thatsächliche Unterlagen entweder schon vorhanden oder mit Gewißheit voraus zu sehn sind, und welche dieselbe Tragweite hinsichtlich des Ersatzes haben, wie die Caution, und diese kann verweigert werden, wenn bei dem Eintritt des Schadens eine andere Klage auf gleichen Ersatz vorhanden ist [146]).

---

144) Es ist hier zu beachten, daß injuria nach altem Rechte die objektive Rechtsverletzung bedeutete, das subjective Moment der Verschuldung gehört einer spätern Zeit an. Vorausgesetzt wird, daß der Beschädigte das periculum neque scierit aut providere potuerit, l. 28 D. 9, 2.

145) Huschke, Gajus S. 211 nota 18. Als aquilische Klage fassen sie auf Bangerow, §. 678 X., Burkhard S. 264. Die statt der Caution vorkommende actio in factum setzt voraus, daß die Caution wegen rechter Hindernisse nicht gefordert werden konnte, oder daß sie wegen Hindernisse nicht geleistet oder daß die missio in rem nicht affektuirt wurde.

146) Burkhard S. 256.

Digitized by Google

Im gleichen Sinne ist l. 18 D. 8, 2 zu erklären:

„Si fistulae, per quas aquam ducas, aedibus meis applicatae damnum mihi dent, in factum actio mihi competit; sed et damni infecti stipulari a te potero“[147]. Wir müssen hier nicht übersehen, daß nicht die negatoria actio dem Beschädigten gegeben wird, während doch nach l. 19 pr. und l. 13 D. 8, 2 es nicht erlaubt ist, Wasserleitungsröhren an einer gemeinschaftlichen Wand, noch weniger an fremden Gebäuden anzubringen und zu befestigen. Es muß hier also dies Befestigen der Röhren an den Nachbargebäuden auf Grund einer Servitut geschehen sein, worauf auch der Umstand hindeutet, daß die Stelle im Titel de servitutibus praediorum urbanorum ihren Platz einnimmt[148]. Ferner fragt sich, welche Klage unter der actio in factum hier zu verstehen sei? — Diese Klage kann nur eine actio in factum ex lege Aquilia[149] sein, was sich aus einer Vergleichung der Stelle mit der bereits erklärten l. 27 §. 10 D. 9, 2 ergeben dürfte. In der Stelle ist nicht die leiseste Andeutung gegeben, daß die Anlegung der Röhren in

147) Bangerow a. a. O. S. 585 erkennt den Grundsatz der Subsidiarität als richtig an, und glaubt nur bei der actio in factum eine Ausnahme gelten lassen zu müssen.

148) Burkhard S. 265 nota 30, — Reinhardt a. a. O. S. 224 und S. 241 meint, es wäre auch eine Negatorienklage in dem erwähnten Falle zulässig. Das glaube ich aber darum nicht, weil l. 18 den Gegensatz zu l. 19 pr. D. 8, 2 bilden soll und weil, wenn auch hinsichtlich des damnum datum eine actio in factum zweckmäßiger erscheinen könnte, doch für die Zukunft die actio negatoria das kräftigste Rechtsmittel war, da mit ihr die Wegnahme der Röhren von der Wand erreicht werden konnte.

149) Paulus sagt in l. 17 §. 1 D. 39, 3: „Illa autem, quae fere in consuetudine esse solent, ut per fistulam aqua ducatur etiamsi nihil comprehensum in servitute constituenda, fieri possunt, ita tamen, ut nullum damnum domino ex his detur“. — Für eine actio in factum ex lege Aquilia erklären sie Bangerow a. a. O. S. 585 und Hoffmann, Lehre von den Servituten II S. 231.

Digitized by Google

fahrlässiger oder ungeschickter Weise erfolgt sei, oder die Vernachlässigung der Unterhaltung derselben, die Unterlassung von Reparaturen (vgl. aber l. 13 §. 2 D. 7, 1[150]), die Veranlassung zur Beschädigung gegeben haben. Wären die Röhren zerbrochen gewesen, so würde die Negatoria nach l. 13 D. 8, 5 am Platze gewesen sein. Wie wir die Stelle vor uns haben, müssen wir annehmen, daß eine Verschuldung des Besitzers der Röhren nicht zu Grunde liegt und eben deshalb die actio ex lege Aquilia in factum aufgestellt wird, wie in der oben besprochnen l. 27 §. 10 D. 9, 2; für die Folgezeit kann dann der Besitzer der Gebäude die Caution fordern. Beide Rechtsmittel verfolgen demnach einen ganz verschiedenen Schaden und beruhn auf verschiedener Grundlage.

In l. 5 D. 43, 8 sagt Paulus: si per publicum locum rivus aquaeductus privato nocebit, erit actio privato ex lege XII tabularum, ut noxa domino caveatur (daß der Schade vom Eigenthümer abgewehrt, verhütet werde[151]). Man hat[152]) diese actio von der actio pluv. arcend. actio verstehn wollen; allein diese Klage ist wegen eines Werks in publico nicht statthaft, und es ist auch nicht gesagt, daß der Schaden durch ein opus und aqua pluvia angestiftet worden. Man muß also annehmen, daß der rivus (Kanal) an sich geschadet habe. Die Klage soll aus den 12 Tafeln stammen. Nun sagt l. 1 pr. D. 9, 2: lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno injuria locutae sunt, derogavit, sive XII tabulis, sive alia quae fuit. Ich glaube, daß die l. 5 cit. hiermit in Verbindung steht, bemerke aber, daß zur Zeit der 12 Tafeln injuria nicht das subjektive Unrecht des Thäters, seine Verschuldung (culpa),

150) Vergl. §. 4 oben.

151) Cicero ad Div. IV, 21, Cato res rust. 5, 3.

152) Gothofred, Schilter, Dirksen, Burkhard. Dagegen Huschke, Gajus S. 211 nota 16.

Digitized by Google

bezeichnet, sondern nur das objektive Unrecht, was dem Beschädigten zugefügt worden ist, in Betracht kam [153]). Die l. 5 D. 43, 8 scheint mir demnach mit l. 18 D. 8, 2 und mit l. 27 §. 10 D. 9, 2 denselben Grundgedanken zu enthalten, einen Ersatz zu begründen in Fällen, wo culpa nicht vorhanden, aber auch die Gefahr nicht wohl vorauszusehn (und Caution gefordert) werden konnte.

Die Caution kommt übrigens auch in Verbindung mit andern Klagen vor, z. B. mit der Negatoria, mit der operis novi nuntiatio, mit dem interdictum quod vi aut clam, ohne daß dies Verhältniß ihrer Subsidiarität widerstrebt, weil sie alsdann auf ein ganz anderes Interesse oder Objekt gerichtet ist, als mit jenen Rechtsmitteln verfolgt wird [154]).

Einen Einwand gegen unsere Ansicht über die subsidiäre Natur der Caution könnte man noch aus l. 4 §. 2 D. 39, 3 entnehmen wollen: „Idem Julianus scribit, aquae pluviae arcendae actionem non nisi cum domino esse, idcircoque si colonus ignorante domino opus fecerit, dominum fundi nihil amplius quam patientiam praestare, colonum autem interdicto quod vi aut clam impensam quoque restituendi operis et damnum, si quod ex eo datum fuerit, praestare cogendum. Si tamen dominus desideret caveri sibi damni infecto ab eo, ex cujus praedio nocetur [155]), aequissimum erit, caveri ei oportere“. Nach den Schlußworten der Stelle muß man annehmen, daß der Nachbar, welchem das Regenwasser in Folge eines opus manufactum schadet, die Wahl habe, ob er der aquae pluviae arcendae actio sich bedienen oder die Caution fordern will. Dies würde dem Prinzip der Subsidiarität zuwiderlaufen. Dieser Widerspruch aber läßt

153) Ihering, Schuldmoment S. 12, 22.

154) Vergl. §. 4 oben.

155) Die Florentina liest nocet; die Vulgata schiebt noch aqua ein.

Digitized by Google

ſich dadurch beſeitigen, daß man die Caution zur aquae pluviae actio in demſelben Verhältniſſe auffaßt, in welchem ſie in l. 14 §. 3 D. 39, 3 dargeſtellt wird[156]). Allein es liegen in der Stelle ſelbſt Gründe, welche zu der Annahme beſtimmen können, daß das Wörtchen „ex“ entweder als unechtes Gloſſem oder als eine übereilte Interpolation auszumärzen ſein dürfte. Während nämlich im Anfange und in der Mitte der Stelle dominus drei Male von dem Beklagten, auf deſſen Grundſtücke das ſchadenbringende Werk gefertigt iſt, gebraucht wird, muß man — wenn man das „ex“ beibehält — im Schluſſe der Stelle als dominus auf einmal den Kläger, den Beſitzer des beſchädigten Grundſtücks, auffaſſen. Dies iſt in der That höchſt auffällig und jedenfalls nicht die Schreibweiſe Ulpians geweſen. Dies Bedenken wird ſofort gehoben, wenn man das „ex“ wegſtreicht; dann erhält man den Satz: wenn aber der Eigenthümer, welcher mit der actio aquae pluviae arcendae belangt worden iſt und patientiam restituendi operis gewähren muß, von demjenigen, deſſen Grundſtück geſchadet wird, verlangt, daß ihm hinſichtlich der Reſtitution des opus Caution geleiſtet werde, ſo iſt es Rechtens, daß ihm Sicherheit beſtellt werde, l. 5 D. 39, 3: „Si colonus insciente domino opus fecerit, ex quo aqua vicino noceat, Labeo respondit, colonum interdicto quod vi aut clam tenere, dominum vero fundi aquae pluviae arcendae actione, quia is solus restituere opus possit; sed patientiam duntaxat eum praestare debere, si ei damni infecti stipulatione caveatur“.

In l. 18 §. 4 h. t. liegt folgender Sinn: obgleich die Klagen ex locato et conducto nur den culpoſen Schaden erfaſſen, während die stipulatio d. inf. weiter greift (vitium aedium pp.),

156) De eo damno, quod post sententiam judicis futurum est, d. inf. caveri debet vel opus ita restituendum est, ut nullum periculum damni supersit.

Digitized by Google

so wird die Caution doch verweigert, weil im Resultate jene Klagen zu demselben Ziele führen, da das vitium in der Regel ohne culpa nicht eintreten wird[157]).

XII. Damnum infectum.

§. 18.

Wenn die Caution, wie wir oben ausgeführt haben, den Zweck hat, für Fälle, wo in Ansehung eines uns zugefügten Schadens ein Klagrecht gemangelt haben würde, erst eine Klage durch die Stipulation zu vermitteln, und wenn diese Stipulation hinwieder als ein Akt der diligentia des Bedrohten aufzufassen ist, indem ihm obliegt, den säumigen Nachbar an die Nothwendigkeit von Reparaturen und dergl. mittelst seines Antrags auf Bestellung der Caution zu erinnern, so werden uns auch die Vorschriften des römischen Rechts nicht überraschen, welche bestimmen:

a) daß durch die Caution nur der Ersatz eines zukünftigen Schadens vermittelt werden soll, und

b) daß, wenn der Schaden vor geleisteter Caution eintritt, keine Klage auf Schadensersatz aus dem Edikte des Prätors zustehen soll.

„Damnum infectum — sagt Gajus in l. 2 D. h. t. — est damnum nondum factum, quod futurum veremur." Dann weiter in l. 6 eod.: „evenit, ut nonnunquam damno dato nulla nobis competat actio, non interposita antea cautione, veluti si aedes vicini ruinosae in meas aedes ceciderint; adeo, ut plerisque placuerit, ne cogi quidem eum posse, ut rudera tollat, si modo omnia, quae jaceant, pro derelicto habeat". Ferner sagt Ulpian in l. 7 §. 1

157) Hasse, culpa §. 67. Burkhard S. 257.

Digitized by Google

D. h. t.: „Hoc edictum prospicit damno nondum facto, quum ceterae actiones ad damna, quae contigerunt, sarcienda partineant, ut in legis Aquiliae actione et aliis. De damno vero facto nihil edicto cavetur“. Damit ist zu vergleichen: l. 14 §. 2 D. 39, 3: „In hoc judicium, sicut in damni infecti, futurum damnum venit, quum reliquis fere omnibus judiciis praeteritum praestetur“.

Daher genügt nicht einmal, daß man außergerichtlich den Nachbar um die Caution angegangen habe, wie Afrikanus in l. 44 pr. D. h. t. bezeugt: „Quum postulassem, ut mihi damni inf. promitteres, noluisti; et prius, quam Praetor adiretur, aedes tuae corruerunt et damnum mihi dederunt. Potius esse ait, ut Praetor nihil novi constituere debeat, et mea culpa damnum sim passus, qui tardius experiri coeperim.

An diesem Rechtssatze muß man um so strenger festhalten, als die Caution eben nur da zulässig ist, wo nach dem Civilrechte eine objektive, absolute Rechtsverletzung nicht vorhanden ist, vielmehr Derjenige, welcher sie leisten soll, das Rechtsaxiom: qui jure suo utitur, nemini facit injuriam, für sich anziehen kann, und durch die Caution die Schärfe dieses Axioms lediglich in Rücksicht auf die zwischen Nachbarn nothwendige Billigkeit gemildert und beschränkt werden soll. Es kann daher nicht gebilliget werden, wenn viele, selbst angesehene Schriftsteller, in gänzlicher Verkennung des Grundgedankens der Caution, sie als eine gehaltlose römischrechtliche Formalität, als eine im heutigen Rechte überflüssige Weitläufigkeit angesehen haben [158]), und die Ausnahmen, welche von dem obigen Rechtssatze des damnum infectum Seiten der römischen Juristen gemacht werden, zur herrschenden Regel erheben wollen. Die Form der römi-

158) Z. B. Thibaut, Lehrbuch des französ. Civilrechts §. 181.

Digitized by Google

schen Stipulationen ist in Deutschland allerdings niemals gebräuchlich gewesen; allein das Wesen der Caution lebte niemals in der Stipulation, sondern es offenbart sich lediglich in dem Grundsatze: ohne ausdrückliches Versprechen keine Klage auf Ersatzleistung [159]). Sehr beachtenswerth erscheint, was Reinhardt über diesen Punkt (a. a. O. S. 246) sagt: „Für die andere Meinung spricht nichts, als eine bloße aequitas cerebrina, welche sich ohne zureichende Rechtfertigung zu weit von dem Grundsatze entfernt, wonach einem Jeden auf eigenem Grund und Boden die größte Freiheit zu belassen. Vermöge der Nothwendigkeit, die Caution nachzusuchen, wird noch jetzt mancher Plackerei des Eigenthümers vorgebeugt, oder ihm doch Gelegenheit gegeben, dem eventuell angekündigten Rechtsstreite zuvor zu kommen und den Provokanten klaglos zu stellen. Nichts berechtigt uns aber, den Eigenthümer dieser Garantieen zu berauben, weder ein übel angebrachtes Billigkeitsgefühl, noch das Befremd-

159) A. M. sind Curtius, Handbuch des sächs. Civilrechts §. 1160. §. 1215. Weiske, Rechtslexicon voc. Gebäude S. 461. Ferner Westphal, Dabelow u. a. Für die oben vertheidigte Ansicht sind Thomasius, Hellfeld, Glück, Struck, tract. de act. §. 39. Schilter l. c. §. 32. Lauterbach, coll. pand. ad h. l. §. 12. Schmidt, Klagen und Einreden, §. 1247. Sintenis a. a. O. S. 797. Bangerow a. a. O. S. 581. Windscheid, Pand. §. 458 not. 2. — Der eigentliche Grund, daß man die Caution für überflüssig hielt, liegt wohl darin, daß man ihre Wirksamkeit auf baufällige Gebäude beschränkte und dabei durch polizeiliche Strafbefehle Abhilfe zu erlangen glaubte. — Kori, Archiv f. civ. Praxis B. 18 S. 54 sagt u. A.: Bricht ein Deichdamm, so muß, wenn der Damm schlecht war, der Schaden ersetzt werden, und bezieht sich dabei auf l 43 pr. D. 39, 2. Dies Citat paßt offenbar nicht. Denn war der Damm fahrlässig oder vollkommen untauglich erbaut, so würde eine actio in factum ex lege Aquilia allenfalls zulässig erscheinen. Läßt sich aber eine culpa in faciendo nicht nachweisen, so tritt eine Ersatzleistung nur dann ein, wenn der Beschädigte sich hat die cautio d. inf. bestellen lassen. — Für obige Ansicht Seuffert, Arch. XXXIII, 30, 228 u. 229. XXXI, 334. XVII, 51. XXI, 211. A. M. XIX, 223. XII, 123.

Digitized by Google

liche, welches mit dem Formalismus der römischen Prozedur verbunden ist."

§. 19.

Die Ausnahmen, welche die römischen Juristen von dem fraglichen Rechtssatze machen, sind folgende:

1) Wenn der Schaden schon erfolgt ist durch Gebäude, opera perfecta, arbores oder locus, bevor die Caution gefordert worden war, der gerichtliche Antrag aber auf Leistung der Caution nicht durch Nachlässigkeit des Beschädigten unterblieben ist, sondern die Unterlassung durch genügende Verhinderungsgründe gerechtfertigt werden kann[160]), insbesondere auch, wenn der Bedrohte wegen Kürze der Zeit oder wegen Abwesenheit in Staatsangelegenheiten den Antrag auf Cautionsleistung nicht stellen konnte; so soll der Beschädigte nicht blos ein Retentionsrecht an den Trümmern, die auf das Seine gefallen sind, ausüben dürfen, sondern es soll ihm auch eine Klage auf Hinwegnahme dieser rudera zustehen, und zugleich soll er Caution de damno futuro nicht nur, sondern auch wegen des bereits ihm zugefügten Schadens fordern können. Wenn diese der Eigenthümer des schadhaften Grundstücks nicht leistet, soll derselbe nicht blos der rudera, welche hinübergefallen sind, sondern auch seines Grundstücks mit dem, was noch etwa vom Gebäude darauf steht (ruina), verlustig sein[161]); l. 7 §. 2 D. h. t. (Ulpian):

„Unde quaeritur, si ante quam caveretur, aedes deciderint, neque dominus rudera velit egerere eaque derelinquat, an sit aliqua adverus eum actio? Et Julianus consultus: si prius quam damni infecti stipulatio interpo-

160) Seuffert, Arch. XXXII, 247.

161) Vergl. Bangerow a. a. O. S. 582. Sintenis a. a. O. S. 795. 799 no. 41 und nota 58. Schmidt, Interdikte S. 25.

Digitized by Google

neretur, aedes vitiosae corruissent, quid facere deberet is, in cujus aedes rudera decidissent, ut damnum sarciretur? respondit: si dominus aedium, quae ruerunt, vellet tollere, non aliter permittendum, quam ut omnia, id est et quae inutilia essent, auferret; nec solum de futuro, sed et de praeterito damno cavere eum debere; quod si dominus aedium, quae deciderunt, nihil faceret, interdictum reddendum ei, in cujus aedes rudera decidissent, per quod vicinus compelleretur aut tollere, aut totas aedes pro derelicto habere."

l. 8 D. h. t. (Gajus): „Quod forte tunc recte dicetur, quum non ipsius negligentia, sed propter aliquod impedimentum sibi non prospexit".

l. 9 D. h. t. (Ulpian): „Hoc amplius Julianus ait: posse dici, compellendum eum, ut etiam de praeterito damno caveret. Quod enim re integra custodiretur, hoc non inique etiam post ruinam aedium praestabitur; integra autem re unusquisque cogitur aut de damno infecto cavere, aut aedibus carere, quas non defendit. Denique[162]) ait: si quis propter angustias temporis aut quia rei publicae causa aberat, non potuerit damni infecti stipulari, non inique Praetorem curaturum, ut dominus vitiosarum aedium aut damnum sarciat aut aedibus careat. — Sententiam Juliani utilitas comprobat".

Dieſe Stellen haben zu großen Zweifeln Anlaß gegeben und Bynkershoek (Obs. IV cap. 9) findet darin ſogar unauflösliche Widerſprüche. Wenn man die Stellen aber recht

162) Ueber die Bedeutung des denique, Johannsen, de usu atque vi particulae denique, Heidelberg, 1828. Nach Savigny und Thon bedeutet es einen Folgeſatz aus dem Vorigen, alſo etwa: ſo zum Beiſpiel. Nach Thibaut eine ampliatio, das Hinzufügen von etwas Verwandtem, alſo: auf allen Fall, übrigens. Archiv f. civ. Praxis B. 18 S. 338.

Digitized by Google

ſorgfältig anſchaut, ſo tritt deutlich hervor, daß die Schwierigkeiten, welche ſie darbieten, lediglich darin ihren Grund haben, daß die Compilatoren die Erörterungen des Julianus in l. 7 §. 2 und l. 9 pr. an unpaſſender Stelle unterbrochen, und den Ausſpruch des Gajus in etwas ungeſchickter Weiſe eingeſchoben haben. Daß l. 7 §. 2 und l. 9 pr. zuſammen gehören und urſprünglich im Zuſammenhange geſtanden haben, erſieht man aus dem Ideengange in beiden Stellen, ſowie daraus, daß beide die Ueberſchrift „Ulpianus libro LIII ad Edictum“ führen und beide Referate einer Meinungsausführung des Julianus [163]) enthalten; durch die Zerreißung derſelben iſt es gekommen, daß in dem letzteren Theile (l. 9 pr.) in den Worten compellendum eum eine genügende Bezeichnung des Subjekts (vicinus) vermißt wird. Man ſchiebe nun den Inhalt der l. 8 erſt nach den Worten quas non defendit in l. 9 pr. ein und denke nach den darauf folgenden Worten „Denique ait“ wieder Julianus hinzu, ſo ſchwinden die Schwierigkeiten ohne Weiteres. Alsdann handelt Julianus in l. 7 §. 2 anfangs lediglich vom Retentionsrechte und behauptet, der Beſchädigte brauche die rudera nur dann auszuantworten, wenn ihm der Nachbar Alles, auch das Unnütze wegſchaffe und nicht blos wegen des künftigen, ſondern auch wegen des bereits ihm zugefügten Schadens Sicherheit beſtelle. Dann aber geht er einen Schritt weiter: Wenn aber der Nachbar die rudera nicht verlange, ſo ſolle dem Beſchädigten eine Klage gegeben werden, mit welcher er den Nachbar zwingen könne, entweder die rudera wegzuſchaffen oder ſein ganzes Grundſtück nebſt den Gebäuden [164]), welche den Schaden verurſacht haben, preiszu-

163) Der eigentliche Text des Julianus iſt einmal von Ulpian (denique inquit) und ſodann nochmals von den Kompilatoren zerriſſen worden.

164) Totas aedes verſteht das deutſche Corp. jur. not. 23 von dem Inbegriff der utilium und inutilium, welche hinübergefallen ſind. Das iſt offenbar irrig. Vergl. über die Auslegung dieſer Stelle S. 28 B. 4 daſelbſt.

Digitized by Google

geben. Ja, sagt Julianus weiter — er könnte auch gezwungen werden, daß er wegen des schon zugefügten Schadens Caution leiste (hoc amplius Julianus ait: ꝛc. l. 9 pr.). — Nun aber schalten die Kompilatoren ein: daß das[165]) nur in dem Falle mit Recht behauptet werden könne, wenn der Beschädigte die Stipulation nicht aus Nachlässigkeit, sondern wegen gerechter Verhinderungsgründe unterlassen habe. Dies scheint auch die Ansicht Julians zu sein; wenigstens leitet Ulpian mit den Worten: denique ait Julianus auf Beispiele, welche dies schließen lassen, hinüber. Das Motiv hingegen, welches Julianus in l. 9 pr. in dem Satze: quod enim re integra custoditur — anführt, würde ohne die Einschränkung, welche durch l. 8 hinzugefügt wird, den sämmtlichen im Eingange dieses Abschnitts zitirten Fragmenten direkt widersprechen und gegen das Hauptprinzip der Caution — Vermittelung einer Klage auf Schadensersatz durch Stipulation — mächtig verstoßen[166]). Insbesondere kann man von Ulpian, welcher selbst in l. 7 §. 1 D. h. t. sagt: „de damno facto nihil edicto cavetur", und dann: „multo magis ea, quae anima carent, ultra nos non debent onerare" doch nicht erwarten, daß er mit Citaten aus des Julianus Schriften sich selbst habe widersprechen oder widerlegen wollen.

Eine merkwürdige Erklärung der fraglichen Stellen giebt Burkhard S. 17 ff. Die Alternative Julians in l. 7 §. 2 (aut tollere aut totas aedes pro delicto habere) beweise, daß die Ansicht der plerique in l. 6 h. t. falsch sei. (Warum soll Julians Meinung den Ausschlag geben?) — Nicht die

---

165) Nämlich das tollere aut totis aedibus carere, vergl. Reinhardt a. a. O. S. 227. In dem ursprünglichen Texte folgte hinter aut tollere höchst wahrscheinlich et de damno praeterito cavere (jetzt in l. 9 pr.) und dann aut totis aedibus carere. Dies erhellt aus dem Vorhergehenden nec solum de futuro sed etiam de praeterito cavere.

166) Westphal a. a. O. §. 10.

Digitized by Google

rudera seien die Schadensstifter, sondern die ganzen baufälligen Gebäude, daher könne der Eigenthümer derselben nicht durch Aufgabe der rudera von dem Schadensersatze sich frei machen, sondern nur durch Preisgebung der Gebäude. (Also post damnum factum wird der Beschädigte ohne Caution eben so entschädigt, als wenn er bei drohendem Schaden Caution erlangt hätte? — dann aber sind es sicher die rudera, welche den Nachbar zunächst schädigen, nicht die aedes ruinosae.) Die l. 8 h. t. wolle nichts anders sagen, als Julian in l. 9 pr., daß ein Ersatz auch ohne Caution gefordert werden könne (propter aliquod impedimentum etc.). Die l. 8 bringe man unschicklicher Weise mit den Schlußworten der l. 7 §. 2 in unmittelbaren Zusammenhang, und sehe die Worte: quod tunc recte dicetur fälschlich als eine Beschränkung jener Schlußworte an. Für den aus der Beschädigung durch das immissum habere der rudera entspringenden Anspruch auf tollere sei eine weitere Voraussetzung als die Verletzung, namentlich ein sibi prospicere, nicht möglich. (Von einem immissum habere kann hier gar nicht die Rede sein, weil kein immittere vorausging, und kein Zusammenhang mit dem schadenden Grundstück vorhanden (vgl. §. 55 unten). Windscheid[167]) sagt zu dieser Interpretation: sie beruhe auf einer unberechtigten und unbewiesenen Auslegung der l. 8 und einem sehr bedenklichen argum. e contr. aus l. 9 §. 2.

Schwierigkeiten in der Erklärung haben die eben erklärte l. 7 §. 2 D. h. t., ferner l. 9 §. 3 D. eod.: „Neratius autem scribit: si ratis in agrum meum vi fluminis delata sit, non aliter tibi potestatem tollendi faciendam, quam si de praeterito quoque damno mihi cavisses", — l. 5 §. 4 D. 10, 4 und l. 8 D. 47, 9, welche beide denselben Thatbe-

167) Pand. §. 458 nota 4.

Digitized by Google

ſtand und dieſelbe Anſicht des Neratius referiren, — ferner l. 9 §. 1. 2 D. h. t. „De his autem, quae vi fluminis importata sunt, an interdictum dari possit? quaeritur. Et Trebatius refert: quum Tiberis abundasset, et res multas multorum in aliena aedificia detulisset, interdictum a Praetore datum, ne vis fieret dominis, quo minus sua tollerent, auferrent, si modo damni infecti repromitterent.“ — §. 2: „Alfenus quoque scribit: si ex fundo tuo crusta lapsa sit in meum fundum, eamque petas, dandum in te judicium de damno jam facto, idque Labeo probat; nam arbitrio judicis, apud quem res prolapsae petantur, damnum, quod ante sensi, non contineri, nec aliter dandam actionem, quam ut omnia tollantur, quae sint prolapsa.“ [168]) Weiter auch l. 5 §. 5 D. 10, 4: sed si de ruina aliquid in tuam aream, vel in tuas aedes deciderit, teneberis ad exhibendum, licet non possideas.

Hier ſind 2 Fälle zu unterſcheiden:

1) Der Eigenthümer des Ueberfalls (rudera) verlangt dieſen zurück, zu welchem Behufe ihm die actio ad exhibendum ſowohl, als auch ein Interdikt zuſteht. In dieſem Falle ſoll er nicht nur de damno futuro Caution leiſten, ſondern nach Julians und des Neratius Anſicht auch für das damnum

168) Intereſſant iſt für dieſe Stelle eine const. des Kaiſer Leo (const. 95) de avulsa terrae crusta: — „sed inferioris agri dominus superioris agri domino, si divulsam materiam recipere et asportare velit, id permittat; ille autem optionem habeat, utrum receptam, suisque finibus restitutam materiam, quemadmodum solet obtinere: an vero (si illam asportare nolit) prorsus tum a materia, tum a finibus, qui illam exceperunt, abstinere, neque agri, qui divulsa suscepit, domino negotium facessere velit. Quemadmodum enim quum domus sibi invicem adjacent, et alterius structura supereminet, — si eminentiorem domum in humilem collabi contingat, dominus ejus aut delapsam materiam recipere, aut si id nolit, illa prorsus cadere (cedere), neque domus, quae casum excepit, dominum inquietare debet; ita hic quoque —“.

Digitized by Google

praeteritum haften, weshalb dem Beschädigten ein Retentionsrecht zusteht. Nach dem Ausspruch des Trebatius und Alfenus haftet er blos für den künftigen Schaden. Zu bemerken ist hierbei, daß in l. 9 §. 2 nicht mit der Florentina gelesen werden darf „de damno jam facto", sondern mit vielen Vulgat-Manuskripten und nach Haloander „de damno infecto."[169]). Daß dies die richtige Lesart sei, darauf weist die Verbindung des §. 2 mit §. 1 durch Alfenus quoque hin, und der Gegensatz in §. 3, welcher durch Neratius autem bezeichnet wird; auch widersprechen die Worte: „arbitrio judicis damnum, quod ante sensi, non contineri", welche zur Motivirung der Ansicht des Alfenus dienen sollen, geradezu der Zulassung eines „damnum jam factum" im Texte. Die Worte „dandum in te judicium de damno infecto erklären sich daraus, daß im alten Prozeß der Beklagte seine selbstständigen Gegenansprüche nicht durch Einreden geltend machen konnte[170]). — Ich gestehe aber zu, daß auch die Lesart de damno jam facto einen guten Sinn giebt, jedoch nichts an der Sache ändert.

2) Der Eigenthümer verlangt den Ueberfall nicht zurück. Dann kann der Beschädigte ihn nicht zwingen, die rudera zu beseitigen, wenn er sie Preis geben will. Nur wenn die Caution wegen eines gerechten Hindernisses nicht gefordert worden ist, wird ihm ein Interdikt gegeben, womit er den Eigenthümer zwingt, aut tollere aut totas aedes (und die rudera) pro derelicto habere (l. 7 §. 2. l. 8 h. t.).

Den Widerspruch der römischen Juristen im Falle unter 1

---

169) Bangerow a. a. O. S. 542. Dirksen, civilist. Abhandlungen, B. I S. 423. Westphal a. a. O. §. 10.

170) Keller, Civilproz. §. 36. Ihering, Jahrb. f. Dogm. XII. 387. Burkhard S. 28 nimmt an, daß die röm. Juristen über den Ersatz des damnum praeteritum einverstanden, nur über die Form der prozessualischen Geltendmachung verschiedner Ansicht gewesen seien.

Digitized by Google

hat man auf verschiedene Weise zu lösen versucht. Die meisten Rechtslehrer nehmen an, daß Trebatius, Alfenus und Labeo ein Retentionsrecht des Beschädigten leugnen und nur eine cautio de damno futuro zulassen, während Julianus und Neratius anderer Meinung gewesen seien. Diese hätten die Ansicht vertheidigt, daß der Beschädigte auch de damno praeterito Caution verlangen dürfe, bevor er die rudera herauszugeben brauche. Diese von Ulpian gebilligte Meinung müsse als die überhaupt herrschend gewordene und auch im Justinianeischen Rechte recipirte angesehn werden [171]). Es fehlt jedoch an hinlänglichen Anzeichen, daß wirklich zwischen den römischen Juristen eine Meinungsverschiedenheit vorhanden gewesen sei und es ist in einigen jener Stellen, welche sämmtlich Ulpian zum Urheber haben, nur von der cautio damni infecti bei Wegnahme unserer Sachen von fremdem Grund und Boden, nicht von einem Retentionsrecht wegen des damnum praeteritum die Rede.

Sintenis (praktisches gemeines Civilrecht, Band II §. 127 nota 40) nimmt eine Verhaftlichkeit für damnum praeteritum nur bei ursprünglich beweglichen Sachen an, und findet dann die ratio legis in einer mangelhaften Verwahrung. Allein hiermit löst er noch immer nicht den alsdann in l. 7 §. 2 D. h. t. verbleibenden Widerspruch, da hier auch bei dem Einsturz eines Gebäudes de damno praeterito Sicherheit geleistet werden soll. Die Glosse endlich zu l. 9 §. 1 D. 39, 2, welcher Struve, syntagma jur. civ. Exer. 39 th. 26 in fin. und Bynkerhoek, obs. jur. rom. lib. IV. obs. 9 folgen, statuirt ein Retentionsrecht wegen des bereits erlittenen Schadens nur dann, wenn der durch die fremde Sache zuge-

171) Heise u. Kropp, jur. Abth. I, 20 S. 415. Hepp, die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts S. 74 ff. Bangerow, Leitfaden a. a. O. IX, 1. Donell, comm. j. c. lib. 15 cap. 46.

Digitized by Google

fügte Schaden Folge einer Verschuldung ihres Eigenthümers gewesen. — Ihnen ist entgegnet worden, daß die entscheidenden Gesetzesstellen diese Unterscheidung nicht machen, sondern auch bei vi fluminis also einem rein zufälligen Schaden die Retention de damno praeterito gestatten.

Nach meiner Ansicht sind jene Stellen so zu erklären. Mittelst seines Retentionsrechts kann offenbar der Beschädigte nicht besser gestellt werden, als durch die geleistete Caution selber. Er kann folglich einen Ersatz des ihm schon zugefügten Schadens nicht verlangen, wenn der Einsturz der Gebäude und überhaupt der Ueberfall durch eine vis major, gewaltsame Naturereignisse erfolgt ist, l. 24 §. 3 (vi fluminis) §. 4. §. 8. 9. 10 D. h. t. Bei Neratius ist zwar von vis fluminis die Rede; allein dieser Ausdruck kann eine doppelte Bedeutung haben, indem er entweder nur die treibende Gewalt des Wassers andeutet, der man durch Anbinden und Befestigen des Flosses oder anderer Objekte begegnen kann, oder er bezeichnet die übermächtige Gewalt des Flusses durch Anwachsung und Ueberschwemmung, l. 30 D. 13, 7; postea flumen crevit et ratem abstulit, — culpam duntaxat praestandam, non vim majorem; l. 9 §. 1 h. t. Trebatius refert: quum Tiberis abundasset. Vgl. noch l. 11 §. 6 D. 39, 3: si vero vi fluminis agger deletus sit. Hiernach fällt also die Caution de damno praeterito hinweg, wenn das schadenstiftende Ereigniß durch eine vis major veranlaßt worden ist, cui nulla ope occurri poterit.

§. 20.

Als erste Ausnahme von dem Grundsatze, daß ohne vorgängige Caution eine Klage aus dem Edikte auf Schadensersatz nicht gegeben wird, haben wir den Fall ersehen, wenn gerechte Verhinderungsgründe die Versäumniß an der Stipulation ent-

Digitized by Google

ſchuldigen; doch wird auch dann eine Haftpflicht nur in ſo weit anerkannt, als nicht gewaltſame Naturereigniſſe u. ſ. w., die Urſache des Schadens geweſen ſind.

Außer dem vorgedachten Falle wird noch eine actio in factum auf Schadenserſatz gegeben:

2) wenn zwar der Antrag auf Cautionsleiſtung vor Gericht bereits geſtellt worden, aber während der Erörterung deſſelben durch den Richter der Schaden ſchon eintritt; alsdann wird keine Beſitzeinweiſung (missio in rem) erkannt, aber der Prätor ſoll dem Beklagten entweder eine cautio de damno praeterito auferlegen oder auch nach ſeinem Ermeſſen gegen denſelben eine actio in factum auf Schadenserſatz geben[172]); l. 15 §. 28 D. h. t.: „Eleganter quaeritur: si, dum Praetor de danda stipulatione deliberat, damnum contigerit, an sarciri possit? Et missio quidem cessabit, Praetor tamen decernere debet, quidquid damni contigerit, ut de eo quoque caveatur, aut si putat, quod utiliter actionem daturus sit, decernat[173])."

Unbedenklich darf man hier wohl annehmen, daß der Beklagte durch Preisgebung des ſchadhaften Grundſtücks oder Gebäudes der Erſatzleiſtung ſich entziehen kann.

---

172) Nach Maßgabe von l. 7 §. 2. l. 8. l. 9 pr. D. h. t. Caution de praeterito, wenn die rudera vom Eigenthümer reklamirt werden, actio in factum — oben interdictum bezeichnet — wenn der Eigenthümer nicht reklamirt.

173) Bangerow, §. 678 IX 2. — Huſchke, Gajus S. 218 hält dieſe Stelle für korrumpirt, indem er die letzten Worte ſo überſetzen zu müſſen glaubt, als habe der Prätor mit Ertheilung einer actio in factum gedroht (decernat, quod daturus sit); allein im Schluſſe dieſer Stelle, der allerdings kein klaſſiſches Latein enthält, iſt das quod utiliter actionem daturus sit, jedenfalls gebraucht für: utiliter actionem dandam esse. So überſetzt auch das deutſche Corpus juris. Burkhard S. 620. Aebli a. a. O. S. 16. Erſterer läßt bei der cautio de dam. praeter. die missio in rem zu, d. h. in die ruina.

Digitized by Google

3) Wenn nun zwar der Antrag auf Caution vor Gericht gestellt worden, aber durch Nachlässigkeit des Richters die weitere Verhandlung darauf unterblieben und inzwischen die Beschädigung erfolgt ist, so steht dem Beschädigten, falls ihm nichts zur Last gelegt werden kann, eine Klage gegen den Richter auf vollen Schadensersatz zu, welche dreißig Jahre dauert und auf und gegen die Erben des Klägers resp. des Verklagten übergeht[174]). l. 4 §. 7 und 10 D. h. t. §. 7: „In eum, qui quid eorum, quae supra scripta sunt, non curaverit, quanti ea res est, cujus damni infecti nomine non cautum erit, judicium datur. Quod non ad quantitatem refertur, sed ad id, quod interest, et ad utilitatem venit, non ad poenam". „Haec autem actio, quum rei habeat persecutionem, et heredi, et in heredem, et perpetuo dabitur[175]).

Da diese Klage gegen den Magistrat ausdrücklich als Schadensklage, und nicht als Pönalklage, bezeichnet wird, so darf wohl bei ihr vorausgesetzt werden, daß sie nur (in subsidium) für den Fall Statt habe, daß der Beschädigte mit einer Klage auf Entschädigung gegen den Eigenthümer der Sache, welche den Schaden gestiftet hat, nicht durchkommt, arg. l. 3 §. 2, 3 D. 11, 6. l. 4, 5 Cod. 5, 75[176]).

Ueber die Rechtsmittel, wenn die Beschädigung erst nach dem Erkenntniß auf Cautionsleistung eintritt, siehe unten §. 22.

---

174) Bangerow a. a. O. S. 544.

175) Die weiteren Voraussetzungen und Einschränkungen dieser Klage in l. 4 §. 8, 9, D. h. t.: „Hoc autem judicium certam conditionem habet, si postulatum est; — Postulare autem proprie hoc dicimus, pro tribunali petere, non alibi. Si tam vicinum urbi municipium sit, ut magistratu se non interponente, potuerit Praetor vel Praeses adiri, potest dici, cessare hanc actionem adversus magistratus, quasi nihil intersit, quum in tua potestate fuerit, a Praetore vel Praeside in possessionem mitti".

176) Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. II S. 741, 743, 744.

Digitized by Google

Es ist hier aber noch die Frage zu erörtern, ob nicht der römischrechtliche Grundsatz: ohne vorgängiges ausdrückliches Versprechen (Caution) giebt es keine Klage auf Schadensersatz — durch das deutsche Recht überwunden und aufgehoben worden ist?

Das deutsche Recht nämlich gründet die Verbindlichkeit zur Schadenvergütigung nicht auf die Zurechnungsfähigkeit des Beschädigers, sondern auf die Verletzung selbst, auf die objektive Seite der That, und es findet sich in ihm der Grundsatz ausgesprochen, daß jeder widerrechtlich zugefügte Schaden, selbst wenn er durch zufällige Umstände Folge der That geworden, als ein Unglücksfall von dem Thäter übertragen und deshalb dem Beschädigten ersetzt werden muß[177]).

Dieser Grundsatz ist auch in die sächsischen Rechtsbücher und Rechtsquellen übergegangen, Sächs. Landrecht B. II art. 65. Ja, es geht dies noch weiter, indem es B. III art. 6 bestimmt, daß der Herr seinem Diener, welchem ohne seine Schuld durch Brand oder Diebstahl eine Sache verloren geht, den Schaden ersetzen soll, und B. III art. 5 vorschreibt, daß der Pfandgläubiger, wenn das Pfand in seinem Gewahrsam ohne seine Schuld durch einen Zufall (Brand, Diebstahl und dergl.) verloren geht, seiner Forderung verlustig sein soll.

Man könnte nun hieraus schließen wollen, daß nach deutschem Rechte eine unmittelbare Verbindlichkeit des Eigenthümers resp. des Unternehmers, den Schaden zu vertreten, welchen seine Gebäude, Grundstücke oder Werke einem Andern zufügen, selbst wenn eine vis major wirksam gewesen, angenommen werden dürfe.

---

177) Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte Th. 1 §. 71, S. 424 Thl. 2 S. 749. Hepp, die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts §. 14 S. 118, §. 22 S. 168. Wochenbl. für merkw. Rechtsfälle 1847 S. 331 ff.

Digitized by Google

Allein jene sämmtlichen Grundsätze des deutschen und sächsischen Rechts sind bei uns nicht allgemein in Aufnahme gekommen, sondern von dem Geiste des römischen Rechts überwunden worden [178]), und es hat die Praxis von jeher an den Prinzipien der cautio damni infecti festgehalten [179]). Auch kennt das sächs. Recht (Sachsenspiegel II, 40) eine Verbindlichkeit des Herrn, den Schaden, den sein zahmes Thier angerichtet hat, zu ersetzen, wenn er nicht dasselbe sofort nach der That Preis gegeben hat. Und die Caution hat analogen Grund mit den actiones noxales.

Die actio ex stipulatu.

§. 21.

Die Wirkung der Cautionsleistung besteht darin, daß der Stipulator, wenn der gefürchtete Schaden wirklich eintritt, aus dem Versprechen des Promissor eine Klage auf vollen Schadensersatz gegen denselben erheben kann, die actio ex stipulatu; l. 1 §. 2 D. de praet. Stip. 46 („quae intercedunt, ut nova sit actio") l. 15 §. 1 D. h. t. — „ex stipulatu agetur") [180]). Der Inhalt der Stipulationsformel, welche vom

178) Vergl. Glosse zum Weichbild art. 124 (§. 27 unten). Haubold, sächs. Privatr. §. 302. Heimbach, Lehrbuch des part. Privatr. §. 259. Günther, diss. in causa damni, quod quis alteri nec dolo nec culpa dedit, utrum jus Romanum an jura antiqua Germanica in foro debeant praevalere, Leipzig 1858, Weiske, Rechtslexikon, v. Schaden, Bd. 9 S. 632.

179) So findet sich bei Schilter, praxis jur rom. in foro German. Exerc. 42 §. 39 ein Rechtsfall aus dem J. 1690, worin die Klage auf Schadensersatz abgewiesen wurde, weil keine Caution vorher gefordert und bestellt worden war, und weil nicht die Beschaffenheit der Gebäude, sondern die Gewalt des Sturmes den Einsturz der Gebäude und die Beschädigung herbeigeführt hatte.

180) Ob die actio ex stipulatu zu den bonae fidei judiciis zu zählen sei oder nicht, ist bestritten. Hugo, Rechtsgesch. S. 659. Zimmern, Geschichte des röm. Privatr. Bd. 3 §. 62. Verneint wird die Frage von

Digitized by Google

Prätor nach der Sachlage entworfen wurde, ergiebt sich aus l. 18 §. 10. l. 28. l. 24 §. 2 12 h. t.. Beschränkungen in Form einer exceptio wurden nach Umständen inserirt, l. 22 §. 1. l. 39 §. 3 h. t.

Ueber die Klage aus der Stipulation gelten folgende Grundsätze:

1) Die Klage hat nur dann Statt, wenn der eingetretene Schaden nicht durch unwiderstehliche Naturereignisse unmittelbar veranlaßt, nicht durch die rechtswidrige Handlung eines Dritten verursacht worden ist u. s. w. (vergl. oben §. 5—7), und von dem Objekt verursacht worden ist, wegen dessen die Caution gefordert worden.

2) Die Beschädigung muß vor Ablauf des dies stipulationi insertus d. h. vor Ablauf des Zeitraums, auf welchen die Wirkung der Caution beschränkt worden ist, erfolgt sein. (Vergl. oben §. 16. Es wird aber nicht erfordert, daß die Beschädigung als vollendet schon vor Augen liege, sondern es genügt, wenn nur in jenem Zeitraume dasjenige Ereigniß oder Faktum geschehn ist, welches als die Ursache der erst später noch sich zeigenden Beschädigung anzusehn ist. Wenn z. B. das baufällige Haus innerhalb des dies insertus auf des Nachbars Mauer gefallen ist und diese zwar erschüttert und gelockert hat, der Einsturz derselben aber in Folge der Erschütterung nach Ablauf jenes Termins erst erfolgt, so ist die actio ex stipulatu noch wirksam, l. 18 §. 11 D. h. t.[181]).

3) Der Schaden muß gerade demjenigen Grundstücke, in

Hefftter, obs. ad Gaji comm. IV p. 80. Huschke, Gajus S. 227. Daß die Stipulation die doli clausula in sich geschlossen habe, Savigny, System Bd. V S. 500. Huschke a. a. O. S. 231. Vgl. unten §. 45 die Formel der lex Rubria — „quod ex stipulatione dare facere oporteret ex bona fide". —

181) Bangerow a. a. O. §. 678 VI 4. Burkhard S. 516—525.

Digitized by Google

Anſehung deſſen Caution geleiſtet worden iſt, zugeſtoßen ſein, nicht einem Grundſtücke, welches in der Stipulation nicht enthalten war. Wer alſo wegen ſeines gefährdeten Hauſes ſich hat Caution leiſten laſſen, ſpäter aber daneben noch ein anderes Haus erwirbt, kann, wenn beide Häuſer beſchädigt werden, doch nur Schadenserſatz für das erſte fordern; eben ſo kann der Miteigenthümer, wenn er den fremden Antheil nach der Caution erwirbt, nur pro parte sua klagen, l. 18 §. 5 D. h. t. Hiermit verträgt es ſich aber ſehr wohl, daß die Erſatzleiſtung aus der Caution ſich doch auch auf diejenigen Mobilien erſtrecken ſoll, welche der Stipulator erſt nach geleiſteter Caution in das Haus eingebracht hat, l. 18 §. 6 D. h. t.[182]). Denn die Stipulation iſt nicht auf die Beſchädigung des Hauſes gerichtet, ſondern auf allen den Schaden, welchen der Stipulator als Eigenthümer, Nutznießer u. ſ. w. des Hauſes erleidet, und umfaßt alle Gegenſtände, welche derſelbe in, an oder auf dem beſchädigten Hauſe oder Grundſtücke zur Zeit des Schadens hat oder beſitzt.

4) Die Klage umfaßt den Erſatz des ganzen Schadens, welcher aedium, loci oder operis vitio zugefügt worden iſt, alſo nicht nur das damnum emergens, ſondern auch das lucrum cessans; l. 18 §. 10 D. h. t. — „quia in hoc fit stipulatio quanti ea res erit.“ — l. 28 eod.: „In hoc stipulatione venit, quanti ea res est.“ Daß hier das quanti res est nicht blos von dem wirklichen Werthe der beſchädigten Sachen zu verſtehen iſt, ſondern für gleichbedeutend mit quanti interest genommen werden muß, erhellt unzweifelhaft aus l. 5 §. 2 eod. — „non plus cuique praestaturum, quam quod ejus intersit“ — l. 37 eod. „in damni infecti actionem venit id, quanti interfuit actoris“ —, und l. 4 §. 7

182) Bangerow a. a. O. S. VI, 3.

Digitized by Google

eod.: „Quod non ad quantitatem refertur, sed ad id, quod interest“ [183]).

Hiernach tritt Erſatzleiſtung ein nicht blos für den Schaden an Gebäuden und Sachen, welcher durch den Einſturz eines baufälligen Hauſes verurſacht wurde, ſondern auch für den Aufwand, welchen der Stipulator aus gerechter Furcht vor dem Einſturze gemacht hat, um ſeine eigenen Gebäude zu ſtützen reſp. zu ſchützen, l. 28 D. h. t. [184]), nicht minder für die Einbuße an Miethgeld, welche der Stipulator gehabt hat, weil Niemand aus Furcht vor dem Einſturze des Nachbarhauſes ſeine Wohnungen miethen wollte, l. 29 eod., oder weil die darin befindlichen Miethsleute aus gleicher Furcht das Logis verlaſſen haben, wenn nur dieſe Furcht hinlänglich begründet war, l. 28. l. 37 D. h. t.

Ueber die richterliche Bemeſſung und Feſtſtellung (aestimatio) des Schadens gelten bei der actio ex stipulatu im Ganzen die gewöhnlichen Grundſätze vom Schadenserſatze; doch ſoll, wenn in dem beſchädigten Hauſe ein beſonderer Luxus z. B. in koſtbaren Wandgemälden und dergl. aufgewendet war, dem Richter ein Moderationsrecht zuſtehen, eine Eigenthümlichkeit der Caution, deren Grund ſchon früher erläutert worden iſt, l. 40 pr. D. h. t.: „Ex damni inf. stipulationem non oportet infinitam vel immoderatam aestimationem fieri, utputa ob tectoria et ob picturas. Licet enim in haec magna erogatio facta est, attamen ex damni infecti stipulatione aestimationem moderatam faciendam, quia honestus modus

183) Bei den act. arbitrariis und bei den prätoriſchen Stipulationen bezeichnet quanti ea res erit nicht den Sachwerth, ſondern das Intereſſe, Mommſen, Beiträge zum Obligationenrecht Thl. II B. 50, 51.

184) In hac stipulatione venit, quanti ea res est. Et ideo Cassius scribit: eum, qui damni infecti stipulatus est, si propter metum ruinae ea aedificia, quorum nomine sibi cavit, fulsit, impensas ejus rei ex stipulatu consequi posse.“

Digitized by Google

servandus est, non immoderata cujusque luxuria subsequenda“ [185]). Vergl. noch l. 13 §. 1 D. 8, 2.

5) Von mehreren Miteigenthümern des beschädigten Grundstücks kann jeder nur auf seinen Antheil des Schadens, keiner in solidum klagen, eben so können die verschiedenen Miteigenthümer des schadhaften Grundstücks nur zu ihrem Antheil (pro dominicis partibus) belangt werden, l. 40 §. 2. 3 D. h. t. l. 11 §. 3 D. 39, 3. Wenn jedoch Einer davon in solidum Caution geleistet hat, so haftet er auch in solidum für den Schaden. Er hat aber gegen seine Miteigenthümer nicht die actio communi dividundo l. 6 §. 7 D. 10, 3, sondern nur die actio negotiorum gestorum, l. 40 D. 3. 5, um sie zu entsprechendem Ersatz Dessen, was er geleistet hat, anzuhalten.

6) Von der Ersatzleistung aus der actio ex stipulatu befreit weder die Dereliktion des schadhaften Grundstücks, noch die Veräußerung desselben, sobald der Schaden einmal geschehn ist, l. 16. l. 17 §. 4 D. h. t. [186]).

7) Daß die actio ex stipulatu auch von den Erben des Stipulator erhoben und auch gegen die Erben des Promissor angestellt werden darf, kann nach den Grundsätzen von dem Uebergange der Klagen nicht bezweifelt werden [187]). Schwierigkeiten aber macht folgende Stelle:

„Adjicitur in hac stipulatione et heredum nomen vel successorum eorumque ad quos ea res pertinet. Successores autem non solum, qui in universa bona succedunt,

185) Andere Grundsätze werden bei dem Ersatz des Schadens nach dem Aquilischen Gesetze befolgt. l. 33 D. 9, 2 a. E.

186) l. 16. Antequam damnum detur, impunitum est factum ejus, qui neque promisit neque admisit in possessionem, si tamen ante damnum datum vel cavit, vel possessione cessit.“ l. 17 §. 4: Judex, qui de damno infecto cognoscit, etiam alienato praedio ab eo, cum quo actum fuerit, damnum aestimare solet omne, quodcumque ante judicium contigit.“

187) Die Klage stammt nicht ex delicto oder quasi delicto.

Digitized by Google

sed et hi, qui in rei tantum dominium successerint, his verbis continentur.“ l. 24 §. 1 D. h. t.

Voet[188]) ist der Ansicht, es werde hierin angedeutet, daß der Promissor durch die Cautionsleistung das schadendrohende Grundstück dergestalt belaste, daß nunmehr, ähnlich dem bei den Noxalklagen geltenden „noxa caput sequitur“, die auf dem Grundstücke ruhende Obligation auf jeden Besitzer desselben übergehe. — Daß aber diese Erklärung den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts über Obligationen zuwider läuft, wird keines Beweises bedürfen, und es würden die römischen Juristen, wenn sie einen so ganz abnormen Satz hätten aufstellen wollen, ihn ganz anders begründet und ausgeführt haben. Eben so begreiflich ist es, daß eine Analogie der Noxalklagen hier nicht angemessen erscheint.

Dagegen meint v. Bangerow[189]): Offenbar will Ulpian nur sagen, daß sich die Caution auch auf den Fall erstrecke, wenn der Schaden erst nach einer von dem Stipulator oder dem Promissor vorgenommenen Veräußerung eingetreten sei, daß also auch in diesem Falle der Stipulator gegen den Promissor aus der Caution klagen könne. Doch würde natürlich, damit der Stipulator nach einer von ihm vorgenommenen Veräußerung noch könne, die Fortdauer des Interesse vorausgesetzt. — Für diese Ansicht citirt Bangerow l. 16 §. 4 und l. 18 §. 10 D. h. t.

Auch diese Erklärung scheint mir dem Wortlaute: „adjicitur in stipulatione nomen eorum, ad quos ea res pertinet“

188) Voet, comm. ad Pand. tit. 39 §. 5. X. Er folgt hier wieder Gothofred in den Noten zum c. j., fügt aber doch hinzu: supposita actionis cessione, weil ihm die Sache bedenklich sein mochte. Dieselbe Erklärung, wie Gothofred, giebt Westphal a. a. O. §. 304. Gleich Voet auch Rudorff, Rechtsgeschichte II §. 56. Schmidt, Zeitschr. cit. VIII, 22.

189) Bangerow, Leitfaden §. 678 VI, 6. Burkhard S. 498.

Digitized by Google

nicht zu entsprechen, und es will mir nach dieser Meinung der Stipulations-Zusatz keinen rechten Zweck haben. Denn wenn der Stipulator auch sein Haus, für das er sich hat caviren lassen, veräußert, so hat er, wenn alsdann der Schaden eintritt, von selber die actio ex stipulatu, sobald er noch ein Interesse dabei hat, wo nicht, hat er auch keine Klage, l. 18 §. 7—10 D. h. t. Wenn der Promissor nach Eintritt der Beschädigung veräußert, so ist es gleichviel, ob die actio ex stipulatu schon erhoben war oder nicht (in judicium deducta); er haftet für den Schaden ohne alle Rücksicht auf die Veräußerung, l. 16 §. 4 D. h. t.: „Iudex, qui de damno infecto cognoscit, etiam alienato praedio ab eo, quocum actum fuerit[190]), damnum aestimare solet omne, quodcunque ante judicium contigit.“ Denn nicht der Besitz der Sache macht ihn verhaftlich, sondern die Stipulation und der Eintritt des Schadens zur Zeit, wo er noch Besitzer war; die actio ex stipulatu ist entstanden (actio nata) mit dem Augenblicke, wo die Thatsache, welche den Schaden hervorbringt, eingetreten ist.

Dies sind alles Dinge, die sich von selbst verstehen, ohne das adjicitur nomen ꝛc.; es muß also damit etwas anderes gemeint gewesen sein. Dies erhellt auch daraus, daß von der actio in factum nicht Dasselbe gesagt, sondern blos erwähnt wird, daß sie gegen und auf die Civil- und prätorischen Erben übergehe, l. 17 §. 3 D. h. t. Dagegen ist in der Natur der Stipulation und der actio ex stipulatu das praktische Bedürfniß nach Dem gegeben, was das adjicitur nomen ꝛc. nach meinem Dafürhalten bedeutet. Wenn nämlich das schadendrohende Grundstück, nachdem der Besitzer Caution geleistet hat, aber bevor ein Schaden geschehen ist, veräußert wird, so wird

190) Es könnte auch heißen quocum agitur; das actum fuerit braucht nicht so verstanden zu werden, als ob ante alienationem zu suppliren sei, sondern bedeutet: mit dem bisher prozessirt worden ist.

Digitized by Google

die geleistete Caution unwirksam (l. 16 §. 4 supra cit.), und der gefährdete Nachbar muß, so oft eine Veräußerung unter gleichen Verhältnissen eintritt, immer wieder von Neuem sich die Caution leisten lassen. Dies ist eine große Belästigung für ihn und unter Umständen nicht ohne Gefahr, zumal wenn er selbst das gefährdete Haus nicht bewohnt, sondern anderwärts sich aufhält. Dem wurde abgeholfen, wenn er sich stipuliren läßt, wie Donell[191]) schon vorgeschlagen hat: „Si quid damni ex aedium vel loci vel operis vitio contigerit, quod a te aut heredibus tuis aliisve successoribus (in rei dominum) factum erit, damnum praestare spondes?“ so daß sich also der Promissor verbindlich machte, den Schaden, der innerhalb des beigefügten Termins eintrete, auch wenn ein Anderer im Besitze seines Grundstücks sein sollte, dem Stipulator zu ersetzen. Diese Art zu stipuliren ist nicht nur gesetzlich erlaubt, l. 38 §. 1 u. 2 D. 45, 1, sondern erscheint auch darum gerechtfertigt, weil der Promissor bei der Veräußerung durch Kaufbedingungen und Stipulationen wegen des etwa von ihm zu leistenden Schadensersatzes sich sicher stellen kann.

Dagegen ist für den Stipulator nach Dem, was oben über ihn angeführt worden, ein Bedürfniß, für seinen Nachbesitzer zu sorgen, nicht vorhanden, und es würde eine derartige Stipulation nach römischem Rechte auch unwirksam gewesen sein, l. 38 §. 17 D. 45, 1.

6) Die Klage ex stipulatu kann bis zum Ablauf der für die Caution bestimmten Zeit wiederholt erhoben werden, wenn mehrmals nach einander durch dasselbe Objekt, weshalb Caution bestellt worden ist, Schaden zugefügt wird; es stürzt z. B. erst eine Wand des schadendrohenden Gebäudes ein und fügt dem Nachbar Schaden zu, dann folgt ein halbes

191) Donell, comm. lib. cap. XV cap. 47. Aebli l. c. S. 34. Bachofen, Pfandr. S. 117 denkt nur an die Nachfolger des Stipulator

Digitized by Google

Jahr ſpäter der Einſturz des übrigen Gebäudes nach; — oder die ſchadenbringende Thatſache iſt mit einem Male vollendet, aber der Schaden tritt nach und nach zu Tage, l. 18 D. 46, 8: — „Sicut in stipulatione damni infecti accidere potest, ut is, qui stipulatus sit, subinde agat; cavet enim, si quid ibi ruet, scindetur, fodietur, aedificabitur. Finge ergo subinde damnum dári; non erit dubium, quin agere saepius possit; nam si toto damno computato tunc agendum est, propemodum non ante aget, quam dies stipulationis praeterierit, intra quem si damnum datum sit, stipulatione cantum erit; quod verum non est.“ Es tritt eine Konſumtion der Klage nur in Betreff des jeweilig eingetretenen Schadens ein.

Das quod verum non est ſpricht hier nicht etwa eine Mißbilligung des Vorhergehenden aus, ſondern hat die Bedeutung von quod justum non erit, was nicht richtig ſein würde[192]).

XIV. Zwangsmittel, wenn die decretirte Cautionsleiſtung nicht bewirkt wird.

§. 22.

In dem tit. D. de damno infecto finden wir nur die missiones in possessionem als ein ſolches Zwangsmittel erwähnt. Nun entſteht die Frage, ob dieſe missiones in jedem Falle der Caution, namentlich auch wegen loci und operis vitium, zur Anwendung kommen. Darüber ſind die Anſichten getheilt. Bachofen[193]) verneint bei einem opus die Zuläſſigkeit; denn die missio werde nur gerechtfertigt durch die Ge-

192) In dieſer Bedeutung kommt es auch bei Cicero, Dom. cap. 8 u. a. vor; vergl. Brissonius v. verus.

193) Pfandrecht S. 384 ff. 391 ff.

Digitized by Google

fahr, die aus dem Zuſtande der Sache erwächſt, nicht aber durch diejenige, welche in einem Handeln ihren Grund habe, ſelbſt dann, wenn das Reſultat des Handelns Gefahr drohe. Burkhard will die missiones faſt überall zulaſſen, auch bei einem bloßen facere, wenn noch kein opus perfectum entſtanden. Um dieſe Frage zu entſcheiden, muß man auf den Grundgedanken der Miſſionen und auf ihren Zweck näher eingehn. Blos bei den actiones in rem galt die Regel, daß der Beklagte durch Preisgeben der Sache ſich dem Prozeſſe entziehen konnte. Bei den perſönlichen Klagen kam dieſer Grundſatz nur für die noxales actiones in Anwendung, und zwar in der noxae deditio lediglich zum Vortheile des Beklagten[194]). Dieſer Gedanke iſt auch für die cautio d. inf. leitend geworden, l. 6 D. 39, 3. l. 10 §. 1 D. 3, 5. Allein zwiſchen den beiden Rechtsmitteln ſind doch zwei in die Augen ſpringende Unterſchiede vorhanden. Bei den nox. act. iſt der Schaden ſchon eingetreten, ſeine Größe iſt bekannt, und das Thier oder der Sklave, welcher geſchadet hat, repräſentirt in der Regel einen gewiſſen, mitunter einen nicht geringen Werth. Die cautio d. inf. begreift einen künftigen Schaden, und das ſchadendrohende Objekt iſt meiſt ein baufälliges Haus, welches wohl wenig und in Verhältniß zum Schaden kaum einen entſprechenden Werth haben kann, wenn der Beſitzer die Caution verweigert. Daher giebt es hier vor der Uebertragung des Eigenthums an den Kläger ein Vorbereitungsſtadium, die missio ex primo decreto, welche den doppelten Zweck hat, ut saltem taedio perpetuae custodiae (actor) extorqueat cautionem[195]), und dann, daß die possessio vice cautionis

194) §. 2 J. 4, 8: nequitiam non ultra ipsorum (servorum) corpora domino damnosam esse.

195) l. 5 pr. D. 36, 4.

Digitized by Google

ſein ſoll[196]), alſo eine Sicherung des Klägers, welche dadurch herbeigeführt werden kann, daß er ermächtigt iſt, das ſchadendrohende Haus zu repariren und wegen des Aufwands an den Beklagten reſp. an das Haus ſich zu halten[197]). Die missiones können alſo nur Statt haben, wo dieſer Doppelzweck erreicht werden kann. Dies wird in l. 15 §. 12 h. t. beſtätigt: Et extat Sabini sententia, in totas aedes mittendum; alioquin si ex superficie, inquit, damnum timeatur, non habebit res exitum; nec profuturum in possessionem ejus rei mitti, quam quis possidere non potest, aut ei non expediat. Das prodesse und expedire kann nur auf den genannten Doppelzweck bezogen werden. Mithin kann eine missio blos angenommen werden bei Objekten, welche durch reficere eine Beſeitigung der Gefahr geſtatten, welche alſo mit Bachofen zu reden, durch ihren Zuſtand, ihre Beſchaffenheit einen Schaden drohen. Dies ſind nur Gebäude, und ſolche opera perfecta, welche durch Baufälligkeit oder ihre ſonſtige Beſchaffenheit (ſchlechte Konſtruction) ſchädlich werden können. Wir finden auch in den Pandekten nur aedes, domus, insula als Objekte der missiones erwähnt[198]), und Ulpian ſagt l. 23 h. t. gerade zu: in stipulatione d. inf., quae aedium nomine interponitur, mittetur in possessionem, und in l. 9 pr. eod.: unusquisque cogitur aut de damno inf. cavere, aut aedibus carere, quas non defendit. In l. 4 §. 1 h. t. braucht zwar Ulpian den Ausdruck in ejus rei possessionem mittendus est, allein darin liegt offenbar kein Gegenbeweis. Wenn Paulus in l. 38 §. 1 h. t. die Meinung äußert: si agri nomine non caveatur, in eam partem agri mittendum

196) l. 15 §. 30 h. t.

197) l. 15 §. 30. §. 31, 34. l. 18 §. 2 h. t.

198) l. 5 §. 1. l. 6. l. 7 §. 1. 2. l. 9 pr. §. 4. 5. l. 13 §. 11. l. 15 §. 12. 13. 14 h. t.

Digitized by Google

est, ex qua periculum timeatur; so ist dies jedenfalls eine erweiternde Neuerung, bei der aber doch der Zweck des mittere — das reficere, d. h. quod corruptum est, in pristinum statum restaurare (l. 1 §. 6 D. 43, 21) nicht nur denkbar, sondern auch als Voraussetzung hinzu zu denken ist. Wollte man die missiones zulassen in ein opus perfectum, bei dem lediglich aus dem Gebrauche oder dem Betriebe desselben die Gefahr des Schadens hervorgeht, so würde man sich ganz und gar von dem Prinzip und dem Zwecke der ersten missio entfernen. Sie müßte dann dem missus die Befugniß geben, wenn sie vice cautionis sein soll, das Werk in seiner Einrichtung abzuändern oder den Betrieb zu verhindern, oder den Betrieb in anderer Weise zu bewirken. Das aber würde wohl schwerlich im Interesse des missus sein, insbesondere das Abändern, und würde weit über den Grundgedanken der noxae datio resp. missio hinaus gehen. Es wäre dann nicht mehr von einer custodia die Rede, sondern von einem tief einschneidenden Eingriff in das Eigenthum.

Burkhard behauptet die Zulässigkeit der missio selbst in ein opus imperfectum, welches der Beklagte auf seinem Grundstück begonnen habe, z. B. in die entstandene Grube bei dem tam alte fodire in l. 24 §. 12 h. t., in die Düngergrube l. 17 §. 2 D. 8, 5[199]). Dies ist in Hinsicht auf den Zweck der missio offenbar unrichtig; der in die Düngergrube Eingewiesene würde wohl eher von einem taedium loci ergriffen werden, als sein Gegner vom taedium perp. custodiae. Dann meint Burkhard: Bei dem facere in suo (Gebrauch und Betrieb eines opus) laute der Grundsatz: entweder Caution leisten oder aufhören mit dem Handeln (Betrieb oder Gebrauch), und es erhalte deshalb das Cautionsdekret die Form eines pro-

199) S. 191 ff. Dagegen l. 15 §. 12 h. t.: quam quis possidere non potest aut ei non expediat.

Digitized by Google

hibitorischen Interdikts, worin das facere ohne vorgängige Cautionsleistung verboten werde[200]). — Diese Idee ist augenscheinlich aus der Luft gegriffen, denn die Quellen bieten dazu nicht den mindesten Anhalt. Sie ist indessen auch unjuristisch; denn gegen den Eigenthümer, qui jure suo utitur, kann wegen eines ex aequitate zu ersetzenden Schadens, der nur besorgt wird, und dessen Eintritt noch nicht gewiß ist, mit einem prohibitorischen Interdikt nicht vorgegangen werden. Darin, daß er dem Cautionsdekrete nicht nachkommt, liegt kein Delikt, was die actio in factum in l. 15 §. 36 h. t. hinlänglich beweist.

Auch darin muß ich Burkhard[201]) widersprechen, daß bei einem opus perfectum in publico allezeit die missiones in opus Statt haben. Konnte der Bedrohte das Werk mit einem prohibitorischen Interdikt verhindern und hat es nicht verhindert, so ist die Caution und Mission ausgeschlossen[202]). Droht es erst später durch Baufälligkeit u. dgl. Schaden, dann würde die Mission allerdings zulässig sein, in so weit der Zweck derselben erreichbar ist. Die l. 3 §. 2 D. 39, 3 spricht von einer Caution, die bei dem Beginn des Werkes postulirt werden muß („qui cautione sibi non prospexit"). Burkhard hat wohl kaum die praktischen Folgen seiner Ansicht sich klar gemacht. Man denke nur den Fall, daß der Betrieb einer Eisenbahn oder der Gebrauch einer städtischen Wasserleitung Schaden stiftet.

Bei dem Beginnen eines Werkes oder einer Veränderung an Gebäuden und Grundstücken hat also die Einweisung in den Besitz nicht Statt; der Bedrohte ist auf die operis novi nuntiatio, das interdictum quod vi aut clam, das interdictum uti possidetis und beim facere in publico auf die bezüglichen prohibitorischen Interdikte verwiesen. Wo mit diesen Mitteln

200) A. a. O. S. 531.
201) S. 179 ff.
202) Vgl. §. 7 oben.

Digitized by Google

nicht zu helfen ist, kann nur eine actio in factum in tantum, quantum ei oporteret, si de ea re cautum fuisset, die nöthige Rechtshilfe gewähren. Es ist dies die Klage, welche in allen den Fällen gestattet ist, in welchen die missio in poss. wegen äußerer Hindernisse oder durch die Schuld des Beklagten nicht ausführbar erscheint[203]). Bei dem völligen Schweigen der Quellen über unsere Frage sind wir berechtigt, die erwähnte actio in factum analog auf den hier fraglichen ähnlichen Fall anzuwenden.

Nach l. 7 pr. h. t. lautete das Edikt: Eum, cui ita non cavebitur, in possessionem ejus rei, cujus nomine ut caveatur postulabitur, ire et cum justa causa esse videbitur, etiam possidere jubebo". Es wurde, wenn innerhalb der vom Prätor bestimmten Zeit die Caution nicht geleistet worden war[204]), der Kläger auf sein Ansuchen vom Prätor oder von dem Municipalmagistrate, welchen der Prätor delegirt hatte, zunächst in den faktischen Besitz des Grundstücks, weshalb die Caution gefordert worden war, eingewiesen (missio ex primo decreto), und wenn auch dieses Mittel fruchtlos blieb, nach genügender Sacherörterung durch den Prätor in den rechtlichen Besitz der Sache eingesetzt (missio ex secundo decreto).

Diese Besitzeinweisungen hat der Prätor jedenfalls der noxae datio resp. dem ducere jussu Praetoris bei den Noxalklagen, wenn das caput noxae nicht vor Gericht vertreten und vertheidigt wurde, nachgebildet. Darauf führt uns die Vergleichung hin, welche Ulpian in l. 7 pr. D. h. t. zwischen der Caution und den Noxalklagen anstellt, sowie die Anspielung auf die Noxalklagen, welche er in l. 9 pr. ib. macht: „cogitur aut de damno inf. cavere, aut aedibus carere, quas non de-

203) l. 4 §. 3 D. 43, 4 (quum potestas adeundi Praetorem non esset) l. 15 §. 28 h. t. Eintritt des Schadens vor dem Dekrete.

204) l. 4 §. 1 h. t.

Digitized by Google

fendit". Noch bündiger aber kann die berührte Verwandtschaft daraus nachgewiesen werden, daß die l. 19 D. de damno infecto, welche die Ueberschrift führt: „Gajus ad edictum Praetoris titulo de damno infecto" wörtlich von den Kompilatoren mit derselben Ueberschrift in den Titel de noxalibus actionibus l. 30 übergetragen worden ist, indem sie nur statt „in stipulatione damni infecti" die Worte „in noxalibus actionibus" gebraucht haben.

Die Einweisung geschah in der Regel in das ganze Grundstück; bloß dann, wenn der schadhafte Theil desselben als ein selbstständiges Ganze behandelt werden konnte, insbesondere, wenn ein Zwischenraum zwischen ihm und den übrigen Theilen des Grundstücks im Mittel lag, erfolgte die Einweisung in den schadhaften Theil[205]). l. 15 §. 12. l. 15 §. 11. 13. 14. l. 4 §. 1 D. h. t. l. 1 D. 42, 4. Dagegen bei der Einweisung in ein landwirthschaftliches Grundstück gilt als Regel, daß sie nur in den Theil desselben erfolgt, welcher Gefahr droht, l. 38 §. 1 D. h. t.

§. 23.

Die Einweisung ex primo decreto giebt dem Immittirten keinen juristischen Besitz des Grundstücks, sondern nur die Detention desselben (in possessione esse), womit ihm die Bewachung und Obhut des Grundstücks eingeräumt wird, l. 3 §. 23 D. 41, 2: „nam qui creditorem rei servandae causa vel quia damni infecti non caveatur mittit in possessionem, non possessionem, sed custodiam rerum et observationem concedit"; (l. 12 D. 42, 4). Der Eigenthümer oder wer sonst den Besitz des Grundstücks hat, kann deshalb nicht von ihm vertrieben

---

205) ratio haec est, quod in aedificiis partes quoque reliquae a vitiosa parte traherentur.

Digitized by Google

werden, l. 15 §. 20 D. h. t. Der Eingewiesene ist aber auch nicht verpflichtet, für die Ausbesserung der Gebäude und Herstellung der Grundstücke in gefahrlosen Zustand Aufwand zu machen, wohl aber dazu berechtigt, und braucht, wenn ihm die Caution nachträglich angeboten wird, diese nicht anzunehmen, bis ihm jener Aufwand ersetzt oder deshalb Sicherheit bestellt wird, l. 15 §. 30 und 31 D. h. t. (vergl. auch l. 9 §. 3 D. 42, 5). Ueber die weiteren Rechtsverhältnisse des Immittirten vergl. l. 9 pr. §. 5. 6. l. 14 D. 42, 5. Daß er auch ein Pfandrecht an der Sache erhalte, wird in l. 26 pr. D. 13, 7 ausdrücklich anerkannt: „Non est mirum, si ex quacumque causa magistratus aliquem in possessionem miserit, pignus constitui". (Burkhard S. 541—544).

Die Eingewiesenen haben sowohl gegen den, der sie hindert, Detention oder Besitz zu ergreifen, als auch gegen den, der im Besitze sie stört, das Interdictum, ne vis fiat, ei, qui in possessionem missus est, l. 1 §. 3. l. 4 pr. D. 43, 4. Es ist prohibitorisch und perpetuum[206]).

Außerdem wird dem Eingewiesenen gegen denjenigen, welcher nicht Caution leistet und die Einweisung nicht duldet, sobald der Schaden wirklich eingetreten ist, eine actio in factum gegeben, welche auf vollen Schadensersatz geht, so gut, als ob die Caution wirklich geleistet worden wäre, l. 4 §. 2. l. 7 pr. l. 15 §. 36. l. 16. l. 17 h. t. l. 4 §. 2 D. 43, 4[207]). Diese actio ist perpetua und geht auf die Erben des Klägers über, sowie gegen die Erben des Beklagten. l. 17 §. 3 eod.[208]). Sie

---

206) A. M., die ich früher theilte, Aebli a. a. O. S. 43. — Vgl. Burkhard S. 579.

207) „In eum, qui neque caverit, neque in possessione esse, neque possidere passus erit, judicium dabo, ut tantum praestet, quantum eum praestare oporteret, si de ea re cautum fuisset."

208) Huschke, Gajus S. 220 bemerkt, daß die actio in factum der

Digitized by Google

kann selbstverständlich erst erhoben werden, wenn der Schaden wirklich eingetreten ist, l. 15 §. 35 D. h. t., und bis dahin kann der Beklagte durch Cautionsleistung oder Derelikтion des schadendrohenden Grundstücks sich von derselben frei machen, l. 16 D. h. t. Dieselbe Klage gebührt auch demjenigen, welchem die Caution zuerkannt, aber vom Beklagten nicht geleistet worden ist, wenn er verhindert war, die Besitzeinweisung nachzusuchen, ehe der Schaden ihm zugefügt wurde, l. 4 §. 3 u. 4 D. 43, 4[209]). Der Immittirte hat die Wahl, ob er den Interdiktenschutz in Anspruch nehmen, oder von der actio in factum Gebrauch machen will, l. 18 §. 15 D. h. t.

Ist die schadendrohende Sache im Eigenthume Mehrerer, und Einer der Miteigenthümer leistet die Caution nicht, so findet die Einweisung in seinen Antheil statt. Wenn Mehrere gleichzeitig die Mission erlangen, so wird keine Rücksicht auf ihr größeres oder geringeres Interesse genommen, sondern „aequaliter mittentur in possessionem", l. 5 pr. l. 15 §. 15. §. 18. l. 40 §. 4 D. h. t.

Wenn der Schaden eingetreten ist, nachdem der Prätor bereits die Einweisung erkannt, aber ehe noch der Kläger Besitz ergriffen hat, so soll es so gehalten werden, als ob der Schaden erst nach der wirklichen Besitzergreifung eingetreten wäre (missio in possess. ruinae vel areae), sobald nur dem Kläger keine derartige Nachlässigkeit dabei zur Last fällt, daß er so angesehen werden muß, als habe er auf den Vortheil der Einweisung (beneficium Praetoris) verzichtet, l. 44 pr. l. 15 §. 32. §. 34. 35 D. h. t.[210]).

---

l. Rubr. blos das non cavere, unsere Klage aber non cavere und non admittere in poss. zur Voraussetzung habe.

209) Z. B. „si eo tempore, quo in possessionem mitti desiderabat, Praetoris adeundi potestas non fuerit". — Item si ex alia causa prohibitus esse dicetur.

210) Vangerow §. 678, IX, 3.

Digitized by Google

Wird der §. 22 angegebene Zweck der ersten Mission erreicht und dem Eingewiesenen noch die Caution angeboten, so muß dieser weichen, jedoch erst dann, wenn ihm Sicherheit bestellt worden, nicht blos wegen des künftigen Schadens, sondern auch wegen desjenigen, welchen er bereits erlitten hat, insonderheit auch wegen des Aufwandes, den er auf Reparaturen des schadendrohenden Grundstücks und dergleichen gemacht hat; l. 15 §. 30. 31 u. 34 D. h. t.

Wird hingegen durch die erste Einweisung der Zweck nicht erreicht, d. h. die Caution nicht geleistet, so folgt die missio ex secundo decreto.

§. 24.

Diese zweite Einweisung[211]) wurde auf Antrag des Eingewiesenen von dem Prätor erst nach Ablauf eines angemessenen Zeitraums und nach genügender Sacherörterung verhängt, l. 7 pr. l. 15 §. 21 D. h. t.: „Non autem statim, ubi misit Praetor in possessionem, etiam possidere jubet, sed tunc demum, quum justa causa videbitur. Ergo intervallum aliquod debebit intercedere, quo aut pro derelicto aedes longo silentio dominus videatur habuisse aut misso in possessionem et aliquamdiu immorato nemo caveat".

Es wurde also erfordert, daß der hartnäckige Ungehorsam des Beklagten hinlänglich offenbar geworden, oder daß ein solcher Zeitraum abgelaufen war, daß man das betreffende Grundstück des Beklagten gleichsam als derelinquirt ansehen konnte. Die Anwesenheit des Beklagten war nicht erforderlich.

Besondere Rücksicht soll dabei Minderjährigen und Abwesenden geschenkt werden, l. 15 §. 22 h. t. Insbesondere wird ihnen ex justa causa eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zugesichert, l. 15 §. 22. l. 19 pr. h. t. l. 30 D. 9, 4.

211) Zimmern, Arch. f. civ. Prax. VIII. S. 158.

Digitized by Google

Wenn mehrere Berechtigte, denen die geforderte Caution nicht geleistet worden ist, vorhanden sind, so finden dieselben Grundsätze Statt, wie bei der missio ex primo decreto (l. 5 §. 1. l. 15 §. 18. l. 40 §. 4 D. h. t.). Man hat wohl daraus, daß diese Stellen nur von der miss. ex pr. decr. sprechen, schließen wollen, daß bei der zweiten Einweisung andere Grundsätze befolgt worden seien, daß namentlich die Größe des einem jeden der Kläger drohenden Schadens als Maßstab für die Quote des Antheils abgegeben haben müsse[212]); allein für diese Ansicht liegt weder in der Sache selbst ein innerer Grund, noch findet sie in den Quellen eine Unterstützung; vielmehr sagt Ulpian in l. 15 §. 17 h. t. ausdrücklich: „Si ante hoc decretum alius quoque in possessionem missus fuerit, aequaliter[213]) ambo aedium fient domini". Es war Sache eines jeden der bedrohten Nachbarn, sich zu beeilen, daß er secundo decreto eingewiesen wurde, bevor ein Anderer Einweisung erlangte, weil nach dem zweiten Dekrete eben so, wie bei den Noxalklagen, der Grundsatz occupantis meliorem esse conditionem (l. 14 pr. D. 9, 4), befolgt und eine weitere Einweisung nicht erkannt wurde. Nur ist der ex secundo decreto Immittirte verpflichtet, Anderen, die durch das schadendrohende Grundstück gefährdet sind, Caution zu leisten, und es treten gegen ihn, falls er sich weigert, die gewöhnlichen Zwangsmaßregeln der missio ex primo et secundo decreto wieder ein, l. 15 §. 17 D. h. t.[214]).

---

212) Voet, comm. lib. 39 tit. 2 §. 13 und Gothofred in den Noten zum Corp. jur. Die const. 10 pr. Cod. 7, 72, welche Letzterer anzieht, paßt nicht auf die vorliegende Frage.

213) aequaliter nehmen Gothofred und Voet für eodem tempore; in dieser Bedeutung aber kommt es nicht vor; vgl. Forcellini lexic. lat.; anders bei aequalis.

214) Wangerow a. a. O. not. VII, 2 c. Burkhard S. 567. Communionsverhältniß l. 15 §. 19 h. t. l. 4 §. 4. l. 4 D. 10, 3. Wenn

Digitized by Google

Was die Wirkungen der zweiten Einweisung anlangt, so ist unzweifelhaft, daß der Eingewiesene zunächst durch dieselbe juristischen Besitz erhält, l. 7 pr. h. t. — etiam possidere jubebo" —; dagegen sind die übrigen Rechtsverhältnisse zur Sache, welche durch das zweite Dekret geschaffen werden, unter den Rechtslehrern sehr bestritten. Um ein sicheres Resultat hier zu gewinnen, scheint es zweckmäßig, die Rechtsverhältnisse genauer zu erörtern, welche bei den Noxalklagen durch die richterliche Entscheidung geschaffen wurden, in dem Falle, daß das caput noxae von dem Herrn nicht vertreten (d. h. nicht vertheidigt) wurde, weil ja — wie wir oben §. 22 ausgeführt haben — diese Verhältnisse das Vorbild zu den Missionen abgegeben haben.

Wenn der Eigenthümer den Sklaven (noxae caput) vor Gericht als Beklagter nicht vertheidigte, und deshalb der Prätor dem Kläger erlaubte, ihn hinwegzuführen, oder wenn er ihn vertheidigte und ihn statt des Schadensersatzes dem Kläger überließ (noxae dedit); so wurde der Sklave Eigenthum des Klägers. Da jedoch der Prätor nicht Eigenthum ex jure Quiritium übertragen konnte, so erlangte der Kläger nur das sogenannte bonitarische Eigenthum daran, das er aber durch Usukapion in quiritarisches verwandeln, gegen jeden Dritten durch die Publiciana und wohl auch eine utilis vindicatio schützen, und gegen den ursprünglichen Eigenthümer (nudum jus Quiritium) mit der exceptio und resp. replicatio doli mali vertheidigen konnte, l. 25 §. 6 D. 9, 4 — „quia placet, dominii acquisitione exstingui actionem (noxalem); jussu enim Praetoris ductus in bonis fit ejus, qui duxit," Gajus, inst. II, 40. l. 7 §. 9 D. 10, 3. Dem früheren Eigenthümer stand insbesondere ein Wiedereinlösungsrecht nicht zu,

Mehrere nicht gleichzeitig eingewiesen werden, sondern nach einander die Immission fordern? l. 15 §. 15 §. 17 h. t.

Digitized by Google

und nur in dem einen Falle, daß er wegen Abwesenheit oder aus andern Gründen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erlangte, wurde ihm die nachträgliche Vertheidigung des Sklaven erlaubt, l. 26 §. 1. l. 30 D. 9, 4.

Wenn aber der Inhaber des Sklaven nicht Eigenthümer, sondern nur bonae fidei possessor war, dann erlangte der Kläger durch den Befehl des Prätor, den Sklaven wegzuführen, oder durch die noxae deditio nicht Eigenthum, sondern ebenfalls nur b. f. possessio, die er durch Usukapion in wahres Eigenthum verwandeln, und mit der actio Publiciana gegen Dritte, mit der exceptio resp. replicatio doli gegen den wahren Eigenthümer schützen konnte. Nur war diesem, so lange die Usukapion nicht vollendet war, Schadensersatz (litis aestimationem) nachträglich anzubieten und sich wieder in den Besitz des Sklaven zu setzen gestattet, l. 28 D. 9, 4.

Es ist aber endlich noch der Fall in Betracht zu ziehen, daß der Sklave (noxae caput) verpfändet war, oder daß einem Dritten der Ususfruktus daran zustand. Uebernahm der Eigenthümer in diesem Falle die Vertheidigung und ersetzte den Schaden, so konnte er von dem Usufruktuar verlangen, daß dieser entweder dazu einen Beitrag leistete oder den Ususfruktus aufgab. Wollte aber der Eigenthümer die Vertheidigung nicht übernehmen, oder den Sklaven statt Schadensersatzes ausliefern, so war die Vertheidigung annoch dem Pfandgläubiger und Usufruktuar gestattet, resp. mußte der Kläger, um gegen die Pfandklage oder gegen die Vindikation des Usufruktus geschützt zu sein, sie von diesen fordern. Wenn auch diese sie verweigerten, oder den Sklaven auslieferten, so erlangte der Kläger das bonitarische Eigenthum an demselben, und der Prätor verweigerte beiden die ihnen zustehenden dinglichen Klagen (gegen den Beschädigten, der das caput noxae nunmehr besaß), l. 17 §. 1. l. 27 §. pr. D. 9, 4.

Digitized by Google

Hatte endlich der Kläger sich mit der Vertheidigung des Sklaven durch den Usufruktuar oder Pfandgläubiger begnügt, und nicht den Eigenthümer selbst belangt, so bewirkte die noxae deditio Seiten der Erstern kein (bonitarisches) Eigenthum auf Seiten des Klägers, sondern nur Besitz in gutem Glauben, und es konnte der Eigenthümer innerhalb der Verjährungszeit den Sklaven vindiziren, wenn er dem b. f. possessor Schadensersatz anbot, l. 27 §. 1 D. ib.

Dem Pfandgläubiger und Usufruktuar wurde übrigens die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Abwesenheit oder aus andern Gründen Behufs der nachträglichen Vertheidigung des Sklaven gewährt, l. 26 §. 6. l. 30 D. 9, 4[215]).

Ganz analoge Grundsätze wurden bei der missio ex secundo decreto befolgt. Diese zweite Einweisung gab dem Eingewiesenen in der Regel Eigenthumsrecht, wie dies eine Menge Stellen bezeugen, l. 15 §. 16 D. h. t. „secundo decreto a Praetore dominus constituitur" (Julian); l. 15 §. 17 eod. „aequaliter ambo aedium fient domini, scilicet quum jussi fuerint possidere. Si vero jam constituto domino eo, qui primus in poss. missus est" — l. 15 §. 33 postea, quam quis jure dominii a praetore possidere jussus est", — l. 7 §. 1 D. 7, 1: „Unde etiam mitti eum in possessionem vicinarum aedium causa damni infecti placuit, et jure dominii possessurum eas aedes, si perserveretur non caveri" — l. 5 D. 10, 3: „Sed si res non defenderetur et ideo jussi sumus a Praetore eas aedes possidere et ex hoc dominium earum nanciscemur, respondit Proculus" — (Julian) l. 7 §. 3 D. eod.: „Plane si jam damni inf. missus jussus sit possidere, non erit huic judicio (comm. div.) locus, quum vindicatio-

215) Elvers, Lehre von den Servituten S. 525 ff.

Digitized by Google

nem habere possit", l. 1 pr. D. 23, 5: „dominus vicinus fit, quia haec alienatio non est voluntaria" (Paulus).

Dieſes Eigenthum konnte jedoch, wie dies auch bei den Noxalklagen der Fall war, in früherer Zeit nur ein bonitariſches Eigenthum (in bonis esse) ſein, weil der Prätor kein Eigenthum ex jure Quiritium übertragen konnte; wohl aber ging es durch Uſukapion in volles Eigenthum ex jure Quiritium über. Darauf weiſen folgende Stellen entſchieden hin: l. 15 §. 26 D. de damno inf. „nec enim dominium capere possidendo potest" (Ulpian) l. 18 §. 15 eod. „si is qui jussu Praetoris ceperat possidere et possidendo dominium capere" (Paulus) — l. 44 §. 1 eod.: „Damni infecti nomine in possessionem missus possidendo dominum cepi —" (Afrikanus).

Nun begegnen uns jedoch verſchiedene andere Fragmente, welche nicht auf die Uſukapion des quiritariſchen Eigenthums bezogen werden können, ſondern von der longi temporis praescriptio ſprechen, z. B. l. 15 §. 16 D. h. t.: „non prius incipere per longum tempus dominium capere, quam secundo decreto a Praetore dominus constituatur." — Dieſe Stellen ſind es, welche zu vielfachen Zweifeln und zu ſehr verſchiedenen Auslegungen Veranlaſſung gegeben haben. Die Gloſſe will die Wirkung des zweiten Dekrets auf ein dominium possessionis beſchränken. Voet verſteht ſie von der bonae fidei possessio[216]), und es hat dieſe Anſicht auch in neuerer Zeit Anhänger gefunden, welche dann die Ausdrücke dominus nicht wörtlich, ſondern in der Bedeutung von quasi dominus oder tanquam dominus nehmen wollen. Für die b. f. possessio iſt auch Zimmern im Archiv für civil. Praxis B. VIII S. 158 ff. als Vertheidiger aufgetreten, indem

216) Desgl. Glück, Komm. B. XVIII S. 265. Voet, comm. lib. 39, cap. 2 §. 12.

Digitized by Google

er auszuführen ſucht, daß kein Grund da ſei, anzunehmen, daß durch das zweite Dekret mehr Wirkungen, als die der b. f. possessio entſtänden, auch gehe des Prätors Abſicht, den immissus als b. f. possessor und als quasi dominus zu behandeln, daraus hervor, daß nicht der Ausdruck in bonis esse, ſondern possessio gebraucht werde, wie denn auch der Zuſammenhang und der Umſtand, daß ſonſt der Prätor bei Ertheilung der Dekrete von der bloßen Detention zum wahren Eigenthum einen großen Sprung machen würde, für die b. f. possessio deutlich ſpreche. — Allein ich glaube bei der oben ausgeſprochenen Anſicht, daß die missio ex secundo decreto in der Regel Eigenthum gewähre, aus folgenden Gründen beharren zu müſſen. Wir haben nämlich oben geſehn, daß das fragliche Rechtsverhältniß in einigen Stellen geradèzu als dominium bezeichnet wird, und in anderen Stellen daneben der Uſucapion gedacht wird, welche bei dem dominium bonitarium nach älterem Rechte Anwendung fand. Die bonae fidei possessio und der b. f. possessor werden dagegen in den Quellen niemals unſeres Wiſſens mit dominium und dominus ohne weitere Zuſätze bezeichnet[217]). Einen ferneren Grund entnehmen wir der oben entwickelten Verwandtſchaft der Beſitzeinweiſungen mit dem ducere jussu praetoris bei den Noxalklagen. Bei dieſen wird ausdrücklich bezeugt: jussu enim Praetoris ductus in bonis fit ejus, qui duxit", und dies in bonis esse vorher mit dominium bezeichnet. Nur wenn mit Uebergehung des dominus der Uſufruktuar oder creditor pignoraticius oder wenn ein b. f. possessor noxae dederat, dann ſoll die b. f. possessio für den Kläger erwirkt werden. Zur Unterſtützung unſerer Anſicht mögen wir auch darauf hinweiſen, daß die zweite Einweiſung nicht ſofort

217) Die Quellen ſagen von ihm nur „quasi dominus est, paene domini loco est", und von der Sache quasi res sua.

Digitized by Google

erfolgen soll, sondern erst nach Ablauf einer Zeit, quo — wie sich Ulpian ausdrückt — pro derelicto aedes longo silentio dominus videatur habuisse (l. 15 §. 21 D. h. t.)[218]). In diesem Motive sowie in dem Grundsatze aut cavere aut aedibus carere liegt wohl die genügende Rechtfertigung der Annahme, daß der Eigenthümer durch die zweite Einweisung Eigenthum und Vindikation verlieren soll, und übereinstimmend damit wird in derselben l. 15 §. 33 gelehrt: „postea autem, quam quis possidere jure dominii a Praetore jussus est, nequaquam locus erit cautionis oblationi; et ita Labeo. Ceterum nullus, inquit, finis rei invenietur. Et est hoc verissimum, seposito eo, quod quibusdam vel aetate vel qua alia jussa causa subvenitur."

Hätten wir nur die oben aufgeführten Stellen, welche von dominium, dominus und von dominium possidendo capere sprechen, so würde auch wohl Niemand bezweifelt haben, daß die zweite Einweisung bonitarisches Eigenthum bewirke. Nun läßt sich aber ziemlich sicher nachweisen, daß diejenigen Stellen, welche daneben die longi temporis praescriptio erwähnen, interpolirt sind. Wir nehmen zunächst die Stellen, welche von Paulus herrühren. Dieser spricht in l. 26 D. de actionibus noxalibus 9, 4 und in l. 18 §. 15 D. de damno inf. von dominium, in bonis esse, und possidendo dominium capere; dagegen werden ihm in l. 5 pr. l. 12 D. h. t. und in l. 3 §. 23 D. 41, 2 die Ausdrücke: „per longi temporis spatium in suum dominium capere — per longum tempus rem capere — possidere et per longam possessionem capere"

218) So auch l. 10 §. 1 D. 3, 5. — „Oneravit dominum secundum Labeonis sententiam, quum unicuique liceat et damni infecti nomine rem derelinquere." In l. 1 D. 23, 5 endlich wird der Verlust des Grundstücks durch die missio ex secundo decreto eine alienatio non voluntaria genannt.

Digitized by Google

in den Mund gelegt. Ebenso spricht Julian in l. 5 D. 10, 3 von „possidere et ex hoc dominium nanciscemur“, während in l. 15 §. 16 D. h. t., die auch von ihm abstammt, per longum tempus capere zu lesen ist. Dasselbe ist mit Ulpian der Fall. Während er l. 15 §. 17 und §. 33 den ex secundo decreto Immittirten als dominus schlechthin bezeichnet und ihm l. 7 §. 9 D. 10, 3 eine vindicatio giebt, lesen wir von ihm in l. 15 §. 27 h. t.: dominium per longum tempus acquiri.“ Dieser Widerspruch dreier berühmter Juristen muß befremden, und auf die Vermuthung der Interpolation hinführen. Es wird auch unseres Wissens von den vorjustinianischen Juristen der Ausdruck per longum tempus capere nicht gebraucht, er findet sich insbesondere weder in dem Titel de Publiciana actione, noch in dem Titel de actionibus noxalibus, in denen uns nur „usucapere“ begegnet; ja es ist, wenn wir nicht irren, der Ausdruck per longum tempus rem capere[219]) in allen früheren Büchern der Pandekten, die dem tit. de damno infecto[220]) vorhergehen, nicht zu finden, und es kann daher wohl nicht bezweifelt werden, daß von den Kompilatoren erst das usucapere mit einem per longum tempus capere und ähnlichen Wendungen vertauscht worden ist. Möglich ist, daß die Kompilatoren dabei an die Fälle einer b. f. possessio, welche erst durch Verjährung zu wahrem Eigenthum gedeihen kann, gedacht haben. Wir haben diese Fälle schon hinsichtlich der Noxalklagen erörtert. Wenn nämlich Derjenige, von welchem die Caution gefordert worden, nicht wahres Eigenthum daran hat, sondern nur b. f. possessor ist,

219) Vergl. l. 54 D. 21, 2. l. 76 §. 1 D. 18, 1. l. 13 §. 1. 12, 2.

220) Die Pandekten wurden im J. 530 nach Christo begonnen und 533 erst vollendet, während die const. C. 7, 31 de transfor. usucapione aus dem J. 531 stammt. Vielleicht erklärt sich daraus die obige Wahrnehmung.

Digitized by Google

oder wenn der Bedrohte sich begnügte, die Caution nur von dem Usufruktuar oder dem Pfandgläubiger zu fordern, dann kann jedenfalls die zweite Einweisung nur eine bon. fid. possessio für den Immittirten bewirken und der Eigenthümer ist berechtiget, vor Ablauf der Verjährungszeit unter dem Erbieten zur Cautionsleistung das Grundstück zu vindiziren[221]). Der Ausspruch des Gajus in l. 27 §. 1 D. 9, 4: „quia nullum ad actorem dominium transferre possunt, quia ipsi dominii non sunt. Certe tamen si ex ea causa traditum postea dominus vindicet, nec litis aestimationem offerat, poterit per exceptionem doli mali repelli" — sowie der Inhalt der l. 28 D. eod. passen offenbar auch hierher. Denn das Gutachten des Labeo, daß nach der zweiten Immission das Erbieten zur Caution in keinem Falle mehr zulässig sein soll, kann begreiflich nur auf Diejenigen sich beziehen, von denen sie wirklich gefordert worden ist. Daher auch unzweifelhaft der Usufruktuar und der Pfandgläubiger in dem Falle, wenn die Caution nur von dem Eigenthümer, und nicht auch von ihnen gefordert worden war, auch sie sonst keine Kenntniß von der Cautionsforderung erlangt hatten, der Eigenthümer aber sie nicht geleistet und der Bedrohte die Einweisung ex secundo decreto erlangt hatte, ihr Recht an der Sache noch verfolgen konnten, sobald sie nur zur Cautionsleistung oder Schadloshaltung wegen der Besserungs-Kosten sich erboten. In diesem Sinne wird l. 44 §. 1 vgl. mit l. 19 pr. D. h. t. zu verstehn sein: „Damni inf. nomine in possessionem missus possidendo dominium cepi; deinde creditor eas aedes pignori sibi obligatas persequi vult. Non sine ratione dicetur, nisi impensas, quas in refectionem fecerim, mihi praestare sit paratus, inhi-

221) Dieser Ansicht sind Vangerow §. 678 nota VII. 1 b. Unterholzner, Schuldverhältnisse II. B. S. 718, 719. Savigny, System, B. I S. 257. 258. B. IV S. 566. Windscheid, §. 459 nota 27.

Digitized by Google

bendam adversus mé persecutionem.“ — Durch dieſe Erklärung kommt dies Fragment in Einklang mit den Beſtimmungen in l. 12 und l. 15 §. 24. 25 D. h. t., mit denen es anſcheinend in Widerſpruch ſteht[222]).

Dieſe Stellen werden demnach ſo aufzufaſſen ſein, daß durch die zweite Einweiſung Pfandrechte und Uſufruktus alsdann verloren gehen, wenn die Caution nicht blos von dem Eigenthümer, ſondern auch von dem Uſufruktuar und reſp. dem Pfandgläubiger vergebens gefordert worden war, l. 9 §. 5. l. 10 D. h. t. und l. 27 D. de act. noxalibus: „si creditor vel usufructuarius praesens defensionem suscipere noluerit, Proconsulem interventurum, et pignoris persecutionem vel usufructus actionem negaturum.“

In gleicher Weiſe wird auch bei der Emphyteuſe und Superficies unterſchieden. Es erwarb der ex secundo decreto Immittirte, wenn weder der Eigenthümer noch der Emphyteuta oder Superfiziar die Caution geleiſtet hatte, das Eigenthum am Ganzen, an Grund und Boden, wie an der Emphyteuſe und der Superfizies, l. 9 §. 4. l. 15 §. 26. l. 19 pr. D. h. t. Falls er aber die Caution nur von dem Emphiteuta oder Superfiziar gefordert hatte, konnte er auch durch die zweite Immiſſion nicht volles Eigenthum, ſondern nur das emphyteutiſche Recht mit der actio vectigalis oder die Superficies erwerben, l. 15 §. 27 D. h. t.[223]).

---

222) Bangerow a. a. O. VII d. Cujacius und Weſtphal wollen unterſcheiden zwiſchen pignus und Hypothek. Erſteres erlöſche durch das zweite Dekret, weil der Gläubiger Beſitzer ſei, letztere nicht. Weſtphal a. a. O. §. 295. Ein ſolcher Unterſchied ließe ſich bei der Uſukapion rechtfertigen, nicht aber bei der l. temp. praescriptio.

223) Bangerow a. a. O. not. VII 2 c. Glück, Komm. B. VIII S. 353. Unterholzner, Verjährungslehre, Th. II S. 251. Anm. 689. Auf die Konjektur mancipes (Alciatus, Disp. III, 10) nimmt Unterholzner keine Rückſicht. Für den Emphyteuta nimmt Burkhard

Digitized by Google

§. 25.

In Folge der eben besprochenen Bestimmungen bildet sich ein besonderes Rechtsverhältniß[224]) zwischen dem Eigenthümer auf der einen und dem Superficiar, dem Nutznießer und dem Pfandgläubiger auf der andern Seite. Bezüglich des Emphyteuta, der allein zur Erhaltung und Reparaturen der Emphyteuse verpflichtet ist, darf unzweifelhaft angenommen werden, daß er den Eigenthümer, wenn dieser cavirt hat, entschädigen muß. Bezüglich der andern dinglich Berechtigten muß festgehalten werden, daß sie alieno nomine caviren. Entscheidend muß deshalb sein, ob und wie weit sie an dem schadendrohenden Objekte intereſſirt sind. Bei der Superficies hat der Superficiar ein solches Intereſſe, so gut wie der Eigenthümer; demjenigen, der cavirt, steht also ein Anspruch auf einen Beitrag nach Verhältniß des Werths des solum und der superficies zu. Bei dem Ususfruktus aedium hat der Berechtigte keinen Genuß an Grund und Boden, was er deshalb leistet, muß ihm der Eigenthümer ersetzen, wenn er sein Eigenthum nicht verlieren will, l. 10 h. t.[225]). Aber wegen der Gebäude als Objekt seines Rechts hat der Usufruktuar ein Vermögensintereſſe an deren Erhaltung und muß nach dem Werthe seines Rechts (pro aestimatione ususfructus) dem Eigenthümer einen Beitrag leisten, wenn dieser cavirt hat, l. 9 §. 5. l. 10. l. 22 h. t. vergl. mit l. 17 D. 9, 4. Hat der Usufruktuar cavirt, so muß ihm der Eigenthümer nach Verhältniß beisteuern. Im ersten Falle hilft eine Prohibition des Ususfructus, im zweiten eine Retention, (vergl. die citirten Fragmente). Wenn Burk-

S. 384 ff. eine Ausnahmestellung in Anspruch auf Grund des Inhalts seines Rechts. Dagegen Windscheid, Pand. §. 459 Anm. 27.

224) Elvers, röm. Servitutenlehre S. 527 ff.

225) Bachofen, Pfandr. S. 118, 119. Aebli a. a. O. S. 30.

Digitized by Google

hard S. 419 behauptet, entscheidend sei der Umfang der Reflektionspflicht des Usufruktuars (modica refectio), so halte ich das für unbegründet und unpraktisch. Ein Beweis aus den Quellen ist von ihm nicht erbracht worden, und es wird höchst selten vorkommen, daß die Unterlassung einer modica refectio einen Einsturz der Gebäude u. s. w. veranlaßt. Jedenfalls wird es schwer halten, die Frage zu entscheiden, ob die Unterlassung der modica refectio oder andere Ursachen, Alter oder Construktion des Gebäudes u. s. w. den Schaden herbeigeführt haben. Durchschlagend scheint mir aber die Analogie der Noxalklagen, bei welchen der Usufruktuar pro aestimatione usus fructus zum Schadensersatz beitragen soll. Das ist jedenfalls ein rationellerer Maßstab, da es sich um die Erhaltung der Sache (Abwehr des carere) handelt, und um Bewahrung des Eigenthums auf der einen, des Nießbrauchs auf der andern Seite.

In Betreff des Pfandgläubigers ist zu beachten, daß er kein direktes Vermögensinteresse (nur ein eventuelles wegen Sicherheit seiner Forderung) an der Erhaltung der Sache hat, insonderheit keinen Gebrauch oder Nutzen von derselben. Leistet er Caution, so muß ihm der Eigenthümer Alles, was er deshalb aufgewendet, ersetzen, l. 8 pr. l. 25 D. 13 7. l. 9 §. 3 D. 42, 5 (sive praediis fulciendis vel reficiendis vel damno infecto repromittendo erogavit). Daß die Caution dem Eigenthümer nichts nützt, wenn später die Sache vom Gläubiger verkauft wird (Burkhard S. 453), ist gleichgültig, denn dies Ereigniß begreift nur eine Möglichkeit, und der Eigenthümer kann ja auch selbst verkaufen. Wegen seines Anspruchs hat der Pfandgläubiger ein Retentionsrecht resp. die actio negotiorum gestorum. Hat der Eigenthümer cavirt, so hat er nach dem Obigen keinen Anspruch gegen den Pfandgläubiger; er sorgt lediglich für sein Eigenthum.

Uebrigens weisen nicht, wie Burkhard S. 418 meint, in l. 9 §. 5 h. t. die Worte: fructuarium, qui non reficit, a

Digitized by Google

domino uti frui prohibendum, auf das reficere als Grundlage des Beitrags hin, sondern motiviren nur das prohibere, wenn der Usufruktuar Caution zu leisten sich weigert.

Geschichte der cautio damni infecti und heutige Anwendung.

Ueber die Geschichte der cautio damni infecti haben wir wenig positive Quellenzeugnisse. Daß wegen damnum infectum schon in den Zwölftafeln eine Vorschrift sich fand, dafür scheint ein Ausspruch des Paulus in l. 5 D. ne quid in loco publico 43, 8: „Si per publicum locum rivus aquae ductus privato nocebit, erit actio privato ex lege XII tabularum[226]), ut noxa (noxae auch de noxa) domino caveatur" zu sprechen. Weiter erfahren wir durch Gajus (institut. IV, 31), daß wegen damnum infectum noch zu Ende der Republik im Wege der legis actio verhandelt wurde. Er sagt: „Tantum ex duabus causis permissum est lege agere; damni infecti et si centumvirale judicium fit. Proinde hodieque cum ad centumviros itur, ante lege agitur sacramento (;) apud Praetorem urbanum vel peregrinum (:) propter damnum infectum nemo vult lege agere; set potius stipulatione, quae in edicto proposita est, obligat adversarium per magistratum, quod et commodius jus et plenius est."

226) Gothofred, Dirksen, Schilter u. a. auch Burkhard verstehen diese Stelle von der aquae pluviae arcendae actio, aber mit Unrecht, weil diese Klage bei einem Werke auf öffentlichem Grund und Boden gar nicht Statt findet, l. 3 §. 3. l. 18 pr. D. 39, 3. Vergl. Huschke, Gajus S. 211 Note 16. Mit Recht haben dagegen aus l. 5 D. 43, 8 und in l. 21 D. de staliberis 40, 7 zwei verschiedene Fragmente der Zwölftafeln gebildet: Charondas, Kontius, Hotomann, Marcilius, Rittershus, Merula; vgl. Dirksen, Uebersicht der Versuche zur Herstellung des Textes der Zwölftafelfragmente, Leipzig 1824 S. 489. Vergl. über den Sinn der Stelle oben §. 17.

Digitized by Google

Von besonderem Interesse für die Geschichte unserer Caution ist die lex Rubria (auch lex Galliae cisalpinae sonst genannt) deren Entstehung in das J. 711—713 a. u. c. fällt[227]). Als ihr Urheber wird vielleicht der Anagnirer M. Rubrius Prokulus, der Salius, Pontifex, Quästor und Prätor gewesen ist, zu betrachten sein[228]). Sie handelt im ganzen 20. Kapitel von der Stipulatio damni infecti, und es lautet dies nach der Dirksenschen Rezension und Auflösung der Abkürzungen also:

Qua de re quisque et a quo, in Gallia Cis Alpina damni infecti ex formula restipulari satisve accipere volet, et ab eo, qui ibi jus dicet, postulaverit, idque non calumniae causa se facere juraverit, tum is, quo de ea re in jus aditum erit, eum qui in jus eductus erit, de ea re ex formula repromittere et si satisdari debebit, satisdare jubeto decernito. Qui eorum ita non repromiserit, aut non satisdederit, si quid interim damni datum, factumve ex ea re, aut ob eam rem, eove nomine, erit, quam ob rem, uti damni infecti repromissio satisvedatio fieret, postulatum erit, tum Magistratus Provemagistratus, Duumvir, Quatuorvir, Praefectusve, quocunque de ea re in jus aditum erit, de ea re ita jus dicito, judicia dato, judicarique jubeto, cogito, proinde atque si de ea re, quum ita postulatum esset, damni infecti ex formula recte repromissum satisve datum esset. De ea re, quod ita ju-

227) Dirksen, obs. ad selecta legis Galliae Cisalpinae capita (diss. inaug.) Berlin 1812. pag. 17—23. Vergl. über Inhalt und Geschichte noch Danz, Lehrb. der Geschichte des röm. Rechts, 1840. Thl. 1. S. 71—74.

228) Huschke, Gajus S. 241. Als Anhang giebt Huschke von S. 203 ab noch eine Abhandlung „über die Klagformeln in der Lex Rubria", welche hauptsächlich das 20. Kapitel betrifft und theils mit dem Inhalte, theils mit der Herstellung des Textes sich beschäftigt.

Digitized by Google

dicium datum, judicareve jussum, judicatumve erit, jus ratumque esto, dum in ea verba, si damni infecti repromissum non erit, judicium det, itaque judicare jubeat: „(Judex fiat, si) antequam id judicium, qua de re agitur, factum est, Quintus Licinius damni infecti eo nomine, qua de re agitur, eam stipulationem, quam is, qui Romae inter peregrinos jus dicet, in albo propositam habet, Lucio Seio repromisisset, tum quidquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio dare facere oporteret ex fide bona, dare facere sestertios ... eum jube Q. Licinium L. Seio."

Si ex decreto Duumviri, Quatuorviri, Praefective Mutinensis, quod ejus Duumvir, Quatuorvir, Praefectusve ex lege Rubria, sive id Plebisvescitum est, decreverit, Q. Licinus eo nomine, qua de re agitur, L. Seio damni infecti repromittere noluit (c. s. n. p. a.), aut si damni infecti satisdatum non erit, in ea verba judicium det: „(Judex fiat, si) antequam id judicium, qua de re agitur, factum est, Q. Licinius damni infecti, eo nomine, qua de re agitur, ea stipulatione, quam is, qui Romae inter peregrinos jus dicet, in albo propositam habet, L. Seio satis dedisset, tum quidquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio dare facere oporteret ex fide bona, dare facere eum jube Q. Licinium L. Seio, si ex decreto Duumviri, Quatuorviri, Praefective Mutinensis, quod ejus is Duumvir, Quatuorvir, Praefectus ex lege Rubria, sive id Plebisve scitum est, decreverit, Q. Licinius eo nomine, qua de re agitur, L. Seio damni infecti satis dare noluit (c. s. n. p. a.)."

Dum Duumvir, Quatuorvir Juri Dicundo, Praefectusve de ea re jus ita dicat, curetve, uti ea nomina et municipium, colonia, locus, in eo judicio, quod ex iis, quae pro-

Digitized by Google

xime scripta sunt, accipiantur, includantur, concipiantur, quae includi, concipi sine dolo malo oportebit, debebitve, ne quid ei, qui de ea re aget petetve, captioni ob eam rem, aut eo nomine esse possit.

Neve ea nomina, qua in earum qua formula quae supra scripta sunt aut Mutina, in eo judicio includi, concipi curet, nisi ii, quos inter id judicium accipietur, lisve contestabitur, iis nominibus fuerint, quae in earum qua formula supra scripta (sunt,) et nisi si Mutinae ea res agetur.

Neve quis Magistratus, Provemagistratus, neve quis, pro quo imperio potestateve erit, intercedito, neve quid aliud facito, quo minus de ea re ita judicium detur judiceturque[229]).

Die hier gegebenen Vorschriften weichen von denen, welche der betreffende Pandektentitel über das damnum infectum enthält, hauptsächlich darin ab, daß nach der lex Rubria, wenn die Caution nach dem Dekrete der Obrigkeiten nicht geleistet wird, und nachher ein Schaden eintritt, dem Beschädigten eine Klage auf Dasjenige gegeben wird, was ihm hätte geleistet werden müssen, falls ihm Caution bestellt worden wäre[230]), während

---

229) Die Ueberreste der lex Rubria mit einer deutschen Uebersetzung finden sich auch in Hugo's civ. Magazin II. Bd. S. 431—496.

230) Diese Klage ist ganz auf dasselbe gerichtet, wie die actio in factum in l. 7 pr. D. 39, 2: „In eum, qui neque caverit, neque in possessione esse, neque possidere passus erit, judicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo cautum fuisset." Dirksen, obs. ad selecta legis Galliae cisalpinae, Berlin 1812 pag. 25 hält sie darum für die nämliche Klage; allein Huschke, Gajus S. 217 bemerkt ganz richtig, daß beide Klagen auf verschiedenen Voraussetzungen beruhen. Die Klage aus der lex Rubria setzt blos voraus, daß der Gegner die Caution verweigert habe, die aus dem prätorischen Edikte setzt voraus: a) Cautionsverweigerung des Gegners, b) Antrag auf Besitzeinweisung und richterliches Dekret darauf, c) Verweigerung der Besitzergreifung. Wer sich also bei der Cautionsverweigerung beruhigte,

Digitized by Google

nach dem Pandekten-Rechte die missiones ex primo et secundo decreto gegen Den, welcher die vom Prätor auferlegte Caution nicht leistete, erkannt werden. Da nun die lex Rubria nur auf das Edikt des praetor peregrinus verweist, so hat man angenommen, daß auch zwischen den Edikten des praetor urbanus und des peregrinus dieselbe Verschiedenheit obgewaltet habe. Als Grund derselben giebt Dirksen[231]) an, dieses sei dem jus gentium gefolgt, während die missiones des praetor urbanus zu den Eigenthümlichkeiten des römischen Rechts zu rechnen und deshalb für die Provinzen nicht anwendbar gewesen seien. Huschke[232]) hingegen findet den Grund der Verschiedenheit darin, daß zur Zeit der Entstehung der lex Rubria nur ein Edikt des praetor peregrinus über das damnum infectum existirt habe, und das Edikt des praetor urbanus über diesen Gegenstand späteren Ursprungs sei[233]). Die Aussprüche des Servius Sulpicius in l. 24 §. 4, 5 D. 39, 2 könne man auf das Zwölftafelrecht beziehen, dessen legis actio der Prätor wahrscheinlich in sein Edikt aufgenommen habe. Auch Zimmern, Geschichte des röm. Privatr. Bd. 3 §. 84 S. 267 huldigt derselben Ansicht. Weiter nimmt Huschke an, daß schon in den Zwölftafeln die Leistung der Caution befohlen worden sei, aber so, daß wenn diese nicht geschehen, der Bedrohte zur Besitznahme des Hauses berechtigt gewesen sein soll, um durch Reparatur desselben auf Kosten des Eigenthümers sich selbst zu schützen; denn die verweigerte Sicherstellung, die gewissermaßen dem Grundstücke selbst obgelegen, habe eine solche der manus injectio ähnliche Exekution begründen müssen. Doch sei

würde die actio in factum nicht mit Erfolg anstellen können. Vergl. noch Huschke a. a. O. S. 218.

231) Dirksen, loc. cit. pag. 24.

232) Huschke a. a. O. S. 212.

233) Burkhard S. 63 ff.

Digitized by Google

dem Eigenthümer gewiß auch gestattet gewesen, sich gleichsam durch noxae datio (derelictio) von aller Verpflichtung zu befreien[234]).

Burkhard S. 89 meint: nicht Caution, sondern Reparatur war vorgeschrieben, letztere aber nicht durch Klage erzwingbar, sondern der Bedrohte erlangte das Recht, sich durch eigene Vornahme der Reparatur zu schützen und vom Gegner Ersatz zu fordern. — Diese Meinung wird auf Bestimmungen in den Quellen gestützt, welche meist dem öffentlichen Rechte angehören und polizeilicher Natur sind.

Nach meiner Ansicht spricht die l. 5 D. 43, 8 in den Worten ut noxa domino caveatur nicht von einer Caution, sondern besagt: die Klage sei dahin gegangen, daß der Schade vom Eigenthümer abgewehrt werde. Erwägt man nun die Bedeutung der einzelnen legis actiones, so dürfte augenscheinlich die judicis postulatio am Besten für unser Verhältniß passen. Es handelt sich um eine res incerta, um ein noch schwebendes Ereigniß und um nachbarliche Beziehungen[235]). Die Funktion des arbiter ging dahin, die Beschaffenheit des drohenden Gebäudes zu untersuchen, und wenn er eine Gefahr angezeigt fand, den Beklagten anzuhalten, daß er reparire oder ev. den Schaden ersetze. Die Exekution dieses Spruchs erfolgte nach eingetretenem Schaden und nach erfolgter litis aestimatio[236]) durch manus

---

234) Huschke a. a. O. S. 209. Auch Unterholzner erklärt sich für die Caution, Schuldverh. II S. 721. Nach Karlowa ist die fragl. legis actio die pignoris capio des Hauses zur Sicherung des Ersatzes des zukünftigen Schadens. Dagegen Becker, Die Aktionen I S. 45.

235) Rudorff, Rechtsgesch. II S. 81. Keller, röm. Civilproz. §. 17.

236) Juejurandum in litem l. 7 D. 8, 5. Rudorff, Rechtsgesch. II. 259. Die Erstreckung der Normen über deditio corporis und aut defendere aut carere von beweglichen Sachen auf Immobilien kann ich mir nur als Frucht einer spätern Zeit denken.

Digitized by Google

injectio oder nach späterem Rechte durch Vermögens-Exekution. Ein solches arbitrium ist den Quellen nicht fremd[237]). Die Gründe für diese Vermuthung sind folgende: Bekanntlich stammt auch die aquae pluviae arcendae actio aus den Zwölftafeln[238]) ab und ist in ihrer ursprünglichen Gestalt (nur mit Erweiterungen entweder durch die prudentium auctoritas oder durch das prätorische Edikt) auch in die Pandekten gekommen. Zwischen ihr und der Caution aber herrscht eine große Verwandtschaft und Aehnlichkeit der Grundsätze, z. B. hinsichtlich des damnum futurum, der Zurechnung des Schadens, und bei einem opus in publico erscheint die cautio d. inf. geradezu als Stellvertreterin für die aquae pluviae arcendae actio. Wahrscheinlich haben sie auch schon in den Zwölftafeln wie in dem edictum perpetuum ihren Platz neben einander gehabt. Vielleicht darf man nicht mit Unrecht aus dieser intimen Verwandtschaft[239]) den Schluß ziehen, daß auch ein und dasselbe Verfahren für sie im Zwölftafelgesetze vorgezeichnet gewesen sein mag. Für die aquae pluv. arcendae actio wird aber die judicis postulatio allgemein angenommen. Einen weitern Grund entnehme ich dem Ausspruche des Gajus, welchen wir oben gelesen haben. Er sagt, es wolle Niemand mehr wegen damnum infectum der legis actio sich bedienen, sondern Jeder ziehe es vor, den Gegner durch die Stipulation, welche der Prätor im

237) l. 7 D. 8, 5. Res ipsa haec est, ut judex jubeat adversarium emendare vitium parietis et idoneum praestare etc.

238) Vgl. §. 28.

239) Diese wird von den römischen Juristen ausdrücklich anerkannt in l. 11 §. 3 D. 39, 3 —: magisque existimat id servandum in aquae pluviae arcendae actione, quod in actione damni infecti, quia utrubique non de praeterito, sed de futuro damno agitur" —; l. 14 §. 2 D. eod. „In hoc judicium, sicut in damni infecti, futurum damnum venit —."

Auch bei der finium regundorum, welche in derselben Tafel vermuthlich ihren Platz hatte, finden wir den arbiter.

Digitized by Google

Edikte aufgestellt habe, zur Ersatzleistung zu verpflichten. Dies scheint mir einen Gegensatz zu der legis actio anzudeuten, und es will mich bedünken, als ob Gajus, wenn schon bei der legis actio die Cautionsleistung, also ein obligare adversarium stipulatione vorgekommen wäre, nicht also sich hätte ausdrücken können. Die Aeußerung des Gajus wird wohl zu der Annahme berechtigen, daß das „obligare stipulatione adversarium" etwas Neues, durch das Edikt erst Geschaffenes, gewesen sei, insbesondere scheint mir das „obligat adversarium per magistratum" den Gegensatz zu der pronuntiatio des arbiter anzudeuten. Weiter setzt Gajus hinzu: quod et commodius jus et plenius est. Daß nun die Stipulatio des Prätor eine bequemere Rechtsverfolgung darbot, als die durch ihre Förmlichkeiten berühmten und berüchtigten Legisaktionen, ist leicht zu begreifen; aber wie das jus plenius, die vollständigere, umfassendere Rechtsverfolgung, zu erklären sein soll, wenn schon bei der legis actio die Cautionsleistung in Uebung gewesen wäre, ist mir nicht recht einleuchtend.

Huschke nimmt die missiones in possessionem für das jus plenius an und behauptet, Paulus erwähne die Civilklage als praktisches Recht, weil in dieser Hinsicht der Prätor kein vollständigeres und bequemeres Recht eingeführt habe; denn wenn auch der Prätor wegen damnum inf. bei Anlagen auf öffentlichem Boden Caution zu leisten befohlen habe, so sei doch hier keine missio in rem, sondern nur vielleicht eine actio in factum bei verweigerter Caution anwendbar gewesen. Allein es dürfte doch fraglich sein, ob die missio für ein vollständigeres Recht angesehen werden kann, als die actio in factum, da diese auch den Aufwand für alle Anstalten mit umfaßt, die der Kläger, um sich vor Schaden zu schützen, gemacht hat, während der Besitz eines baufälligen Hauses, das der Eigenthümer preisgab, meistens einen sehr geringen Werth gehabt haben mag. Ueber-

Digitized by Google

haupt ſcheint mir der Unterſchied zwiſchen den Miſſionen und der actio in factum zu unbedeutend, als daß ich damit die Bedeutung des „jus plenius“ für erſchöpft halten könnte. Wohl aber bietet die stipulatio gegenüber der judicis postulatio in ſo fern ein jus commodius et plenius, als bei der Stipulation nicht erſt unterſucht ward, ob eine begründete Gefahr eines Schadens vorhanden war, während bei dem arbitrium eine causae cognitio vorhergehen mußte, welche in zweifelhaften Fällen auch zur Freiſprechung des Beklagten führen konnte; und ſelbſt wenn der Beklagte zur Ausbeſſerung verurtheilt wurde und dem Befehle nachkam, konnte doch oft wieder Zweifel und Streit entſtehen, ob die Ausbeſſerung zur Genüge bewirkt und die Gefahr vollſtändig beſeitigt worden ſei.

Weiter erſcheint mir nicht ohne Bedeutung für unſere Frage zu ſein, daß die cautio damni infecti eine prätoriſche Stipulation genannt, und in der Unterabtheilung der cautionales aufgeführt wird. Stammte dieſe Stipulation ſchon aus dem Civilrecht, ſo will mir der Umſtand, daß ſie der Prätor in ſein Edikt aufnahm, nicht genügend erſcheinen, um jene Eintheilung und Bezeichnung hinlänglich zu erklären, namentlich, da die Inſtitutionen die prätoriſchen Stipulationen als ſolche bezeichnen, quae a mero Praetoris officio proficiscuntur[240]).

Nach meinem Dafürhalten beziehen ſich nun die Ausſprüche

---

240) Mir ſcheint es, als ob auch alle ähnlichen Cautionen, z. B. die cautio usufructuaria, die cautio de reficiendo pariete — wenn ſie auch vorher ſchon Sitte waren — doch nicht aus dem jus civile, ſondern aus dem Edikte des Prätor geſetzliche Kraft erhalten haben. Namentlich will es mir bei der servitus oneris ferendi ſcheinen, als ob die condemnatio in rem ipsam, d. h. zur Reparatur, mit den alten Legisaktionen zuſammenhinge, während die condemnatio ad cautionem de reficiendo pariete, ſowie die eventuelle Verurtheilung, quanti actor in litem juraverit, offenbar eine prätoriſche Zugabe enthält. Zeitſchrift für Civilrecht und Proz. B. VII S. 358 ff.

Digitized by Google

des Servius Sulpicius in l. 24 §. 4. 5 D. 39, 2 des Trebatius, Alfenus und Cicero[241]) über die Stipulatio d. infecti nicht auf das Zwölftafelrecht (judicis postulatio), sondern auf die cautio damni infecti. Dessen ungeachtet darf man annehmen, daß im Anfange der Kaiserherrschaft ein vollständiges Edikt des praetor urbanus über die Caution nicht existirt habe. Denn offenbar mußte es einen Zweck haben, daß man, als die Legisaktionen durch die leges Juliae unter August vollends aufgehoben wurden, noch eine legis actio wegen des damnum infectum bestehen ließ, und dieser Zweck konnte nur dahin gehen, wegen des damnum infectum eine Rechtshilfe zu gewähren, für die es noch kein anderes ausreichendes Rechtsmittel gab. — Die Aussprüche des Trebatius u. d. A. erklären sich so: Während wegen damnum infectum mittelst der legis actio per judicis postulationem bei Gebäuden (und Wasserleitungen) in der oben von mir angenommenen Weise verhandelt wurde, bediente sich schon frühzeitig der Prätor der Stipulatio damni infecti bei Ertheilung von Interdikten an Diejenigen, welche in alieno, sei es auf Privat- oder auf öffentlichem Grund und Boden ein opus unternahmen, und machte die Ertheilung des Interdiktenschutzes davon abhängig, daß der Gesuchsteller demjenigen, welcher sich durch das Werk gefährdet erachtete, vorher Caution wegen des damnum infectum leistete[242]). Welche Idee dabei den Prätor leitete, sagt uns l. 13 §. 2. 3 D. 7, 1: „Sed si inter duos fructuarios sit controversia, Julianus scribit, aequissimum esse, quasi comm. divid. judicium dari, vel stipulatione inter se cavere, qualiter fruatur. Cur enim, inquit Julianus, ad arma et rixa

241) Trebatius l. 9 §. 1 D. 39, 2; Alfenus l. 9 §. 2 D. eod. Cicero, topica cap. 4 (vom paries communis).

242) Darum finden wir die Vorschriften über diese Art von Caution so zerstreut in den Titeln über die betreffenden Interdikte.

Digitized by Google

procedere patiatur Praetor, quos potest jurisdictione sua componere?“ Nach diesem Beweggrunde wendete der Prätor die Stipulatio d. inf. auch bei dem paries communis, wenn die Betheiligten über dessen Reparatur sich nicht einigen konnten, an[243]). Nebenbei war aber die Stipulatio d. inf. als Conventionalcaution schon frühzeitig im Gebrauch (Alfenus in l. 17 D. 8, 5). Das sind die Fälle, welche uns von Trebatius, Alfenus und Cicero berichtet werden; wenn Servius Sulpicius die cautio schon bei Gebäuden erwähnt, so kann man sie ohne Zwang von der Conventionalcaution verstehen, die schon vor dem Edikt Sitte war.

Heutige Anwendung der Caution.

§. 27.

Daß die cautio damni infecti mit dem römischen Rechte auch in Deutschland Aufnahme und Anwendung gefunden[244]) und daß insbesondere in älterer Zeit der Hauptgrundsatz derselben: ohne Caution kein Schadensersatz, ganz richtig erkannt, und die Cautionsforderung als eine Mahnung und Verwarnung des Nachbars aufgefaßt worden ist, dafür mangelt es nicht an Belegen.

So findet sich in der Glosse zum Weichbild A. 124 folgende Stelle: „Hätten zwei Nachbarn zwei gemeine Häuser auf einer

---

243) Vgl. unten §. 100, 101.

244) Ausdrückliche Zeugnisse finden sich in der Ernestin. Prozeßord. P. II cap. IV, in der Eisenach'schen Proz.-Ord. tit. 26, in der Altenburgschen Proz.-Ord. P. II cap. IV, in der Gothaischen P. II cap. V, worin der Inhibitivprozeß gestattet wird, wenn

a) Die Errichtung eines neuen Baues dem Nachbar Nachtheil droht,

b) wegen damnum infectum überhaupt —

Kori, summ. Prozeß §. 130. 131. — Seuffert, Arch. XXXI, 144. XXXIII, 228.

Digitized by Google

Wand und wäre das eine Haus so alt, daß es fallen wollte, und kündigte der andere das dem Richter an, der Richter soll Jenem gebieten, daß er den Schaden verwisse zu verstehen, bei 14 Tagen, darnach bei 8 Tagen, darnach bei 3 Tagen, darnach bei zwei Nächten: thut er das nicht, der Richter weist diesen zu dem Hause für den Schaden, l. 1 D. 42, 4. l. 4 D. 39, 2. Und klagte er gleich nicht und es fiel auf seine Gebäude vor ungewarnter Sach, daß dieser nicht gewußt des Hauses Gebruch, er müßte ihm den Schaden gelten, und was in seinem Hof gefallen, das behält er, ob er will; will er aber solches nicht, er muß ihm den Schaden gelten, l. 6 D. 39, 2. Dies ist der Sinn des Textes: „Ein jeglicher Mann soll bewirken seinen Theil des Hofs; wer das nicht thut, geschieht seinem Nachbar Schaden davon, den soll er gelten: geschieht ihm aber selber Schaden, den soll er nicht gelten". In dem „Stadtrechte des Königsreich Böheimb cap. XLI vom Bauen" liest man:

„§. XII. Besorgete sich Jemand eines Schadens von seinem Nachbarn durch Aufbauung oder Einreißung seines Hauses, kann er ihm für's Recht beschicken, und um Vorsehung bitten. Als sol das Recht den Nachbar darzu halten, daß er solchen zeitlich vorkomme oder dem Nachbarn fürm Schaden Caution thue. Würde er sich aber nicht angeben und ihm wiederführe und geschehe hernachmals durch Einfallung einiger Schaden, kann er ihn darum nicht vernehmen."

Das Lübische Recht hat P. 4 tit. 3 art. 5 folgende Verordnung: „So Jemand hätte alte Gebäude oder davon man sich Fallens und Schadens zu vermuthen, und der Besitzer derowegen verwarnet, dasselbige zu verändern und verbessern, würde er die Verbesserung nicht thun, und darüber einfallen oder sonsten Schaden entstehen, den soll er gänzlich zu erstatten und abzutragen schuldig sein; würde er aber nicht verwarnet, so darf er zu dem Schaden nicht antworten".

Digitized by Google

In dem Hohenlohiſchen Landrecht P. 3 tit. 22 §. 6 wird vorgeſchrieben:

„Ferner, wenn Jemand Etwas gebauet oder gemachet, wodurch dem Andern ein Schaden angedroht wird, — ſo ſoll ſodann nach genommenen Augenſchein und Befund, daß ſolches opus oder neues Werk mit einer Gefahr begleitet, der Bauende entweder ſelbiges wieder demoliren und wegthun, oder cautionem de damno infecto und Sicherheit wegen des zu beſorgenden Schadens, wie es in denen gemeinen Rechten genannt wird, leiſten".

Dagegen haben die missiones ex primo et secundo decreto in der Weiſe, wie ſie bei der cautio damni infecti in Anwendung kamen, in Deutſchland nicht Eingang gefunden. Wohl ſind in Deutſchland Immiſſionen in die Güter des Beklagten gebräuchlich geweſen, aber nicht als Einweiſungen in ein ſpezielles Grundſtück, ſondern als Einweiſungen in die ſämmtlichen Güter des Beklagten und zwar in der Geſtalt von Zwangs- reſp. Strafmitteln gegen den Ungehorſamen, welcher als Beklagter der Vorladung vor Gericht nicht Folge leiſtete. Als ſolche finden wir ſie auch in dem Kanoniſchen Rechte erwähnt.

Es ſind auch die Immiſſionen in die Güter des Beklagten in die deutſchen Reichsgeſetze übergegangen, und treten uns hier nicht nur als Zwangsmittel gegen den Ungehorſamen, der vor Gericht auf Ladung nicht erſcheint und ſich nicht vertheidigt, ſondern auch als Exekutionsmittel nach geſprochenem Urtheil entgegen. Durch den jüngſten Reichsabſchied v. 1654 jedoch (§. 36) wurden dieſe Einweiſungen zur Strafe Ungehorſams aufgehoben und es ward verordnet, daß der Prozeß ordnungsgemäß fortgeſetzt und in contumaciam gegen den Beklagten, was Rechtens, erkannt werden ſolle. In Folge deſſen wurden dieſe Einweiſungen auch in andern deutſchen Ländern abgeſchafft, z. B. durch die Kalenbergſche Kanzleiordnung v. J. 1663 Tit. 27 §. 2

Digitized by Google

und in dem Churf. Brandenburgſchen revidirten Landrechte P. I tit. 47 art. 3 §. 10.

Was insbeſondere Sachſen anlangt, ſo ſcheint zwar die Gloſſe zum Weichbild art. 124 die Einweiſung in den Beſitz für gangbares Recht gehalten zu haben; allein da die Partikulargeſetzgebung, namentlich in Anſehung des Civilprozeſſes, ſchon frühzeitig eine rege Thätigkeit in Sachſen entwickelt hat, und in die ſächſ. Prozeßordnungen die Einweiſungen mit dem hier fraglichen Zwecke nicht aufgenommen worden ſind, ſo können ſie mindeſtens nicht lange Zeit im Gebrauche geweſen ſein. Daher mag es wohl kommen, daß Böhmer, Berger und Schilter[245]) behaupten, daß ſie in Sachſen niemals Eingang gefunden hätten.

Daß die missiones in possessionem in Deutſchland keinen Anklang und Eingang fanden, hängt damit zuſammen, daß man ſie nicht als einen weſentlichen Beſtandtheil des Rechtsinſtituts, ſondern als eine poena contumaciae auffaßte. Außerdem aber entwickelte ſich, bald nachdem die kaiſerlichen Voigte und Beamten, die mit Grundbeſitz dotirt waren, zu Landesherrn ſich entfaltet hatten, in den landesherrlichen Behörden und Gerichten, ſowie in den Juriſten überhaupt, die büreaukratiſche und patriarchſtaatliche Anſchauung, daß Alles, was für die Unterthanen geſchehen ſollte, nur von den Gerichten und Behörden ausgehen dürfe. Alle im römiſchen Rechte etwa geſtattete Autonomie oder Eigenmacht wurde als ein Verſtoß gegen die obrigkeitliche Macht reſp. als ein Eingriff in dieſelbe angeſehen, und die darauf fußenden Beſtimmungen deshalb nicht angewendet. Daß aber in den missiones in poss. ein ſtark prononcirtes

245) Böhmer, jus ecclesiast. prot. lib. I tit. XV §. 19, wo überhaupt eine ausführliche Entwickelung der Lehre von der Beſitzeinweiſung zu finden iſt. — Schilter, praxis jur. Rom., exerc. 46 §. 14. Berger oecon. jur lib. III tit. XIV no. III nota 9.

Digitized by Google

Element von Eigenmacht und (gesetzlich organisirter) Selbsthilfe liegt, kann wohl nicht verkannt werden[246]). — Die ältern Schriftsteller, welche den Gebrauch der Immissionen behaupten, haben dies Einer dem Andern nachgeschrieben; aus Akten oder Spruchsammlungen hat keiner seine Behauptung geschöpft und nachgewiesen. Trotz alles Suchens habe ich nur ein Gutachten der Erfurter Fakultät finden können, was auf eine missio in poss. lautet; ob sie aber exekutirt worden?

Hierzu kommt, daß nach sächsischem Rechte die noxae datio, welcher die Missionen nachgebildet sind, nur dann erlaubt war, wenn der Besitzer des Thieres u. s. w., welches Schaden gestiftet hatte, sofort nach Kenntniß von diesem Ereigniß das Thier aus seinem Besitz setzte, bezüglich es nicht wieder zu sich nahm.

Nach heutigem gemeinen Rechte kommen, wenn der Beklagte im Prozesse selbst nicht erscheint und sich nicht vertheidigt, die gewöhnlichen Ungehorsamsstrafen und Präjudizien, wenn er aber nach rechtskräftigem Urtheile die ihm auferlegte Caution nicht leistet, Strafgebote, Strafauflagen gegen ihn in Anwendung, und wenn auch diese nichts fruchten, alsdann wird mittelst Decrets die Caution in contumaciam für geleistet erachtet. Wenn nun wirklich eine Beschädigung eintritt, so steht dem Kläger die Klage (ex stipulatu) auf Ersatzleistung zu[247]).

Mit Ausnahme der Besitzeinweisungen ist also das Römische Recht der cautio damni infecti in allen seinen Einzelheiten[248]) auch in Deutschland praktisches Recht geworden; dies bestätigen außer den oben angeführten Partikularrechten die namhaftesten

246) Dernburg, Pfandr. I S. 416. Liebe, Rechtslex. v. Weiske, IV S. 99, 100.

247) Vergl. die in voriger Note Genannten. Außerdem Stryk, tract. de act. S. I m. X §. 41. Schaumburg, Sächs. Recht III 1 s. 9. Beyer, add. dig. 39, 2 p. 12.

248) Es ist schon mehrfach bemerkt worden, daß wir die römische Stipulationsform nicht kennen. Bei uns genügt ein acceptirtes Versprechen.

Digitized by Google

Autoritäten, wie Schilter, Berger, Beyer, Böhmer, Stryk, Schaumburg, Schmidt[249]), und wenn Zeugniſſe aus der neueren Zeit erfordert werden, ſo kann wohl eine Verweiſung auf Seufferts Archiv genügen.

Ueber die praktiſche Anwendbarkeit und über den praktiſchen Werth der Caution ſind die Urtheile verſchieden. Unterholzner meint: Heut zu Tage werde von dem römiſchen Verfahren nicht leicht Anwendung gemacht werden, weil unſere Baupolizei ſchnellere und ſichere Hilfe gegen drohenden Schaden zu gewähren pflege, und aus gleichem Grunde urtheilt Sintenis[250]), daß die Caution ſich zwar ſelten praktiſch zeigen werde, es ſei jedoch keineswegs unmöglich, daß ſie praktiſch werde.

Nun iſt es allerdings merkwürdig, daß die cautio damni infecti ſowohl in der Wiſſenſchaft, als auch in der Praxis lange Zeit faſt vergeſſen geweſen zu ſein ſcheint. Jedenfalls hatte man ihren praktiſchen Werth unter gleichem Geſichtspunkte, wie die vorbenannten Schriftſteller aufgefaßt, und daher mag es kommen, daß man bei den ältern Praktikern, wie in den älteren Sammlungen von Erkenntniſſen und Rechtsgutachten nur ſehr wenig Brauchbares über die cautio d. inf. findet. Erſt der neueren Rechtsübung blieb es vorbehalten, die Caution aus ihrem Dunkel hervorzuziehen und ihren großen praktiſchen Nutzen, ja ihre Unentbehrlichkeit für das gemeine Recht in helles Licht zu ſtellen. Denn wenn auch bei baufälligen Gebäuden hie und da

---

249) Vergl. Note 247. Schmidt, Klagen und Einreden §. 1255 not. q. Böhmer, de action. sect. II cap. 11 §. 10.

250) Unterholzner, Schuldverhältniſſe B. II S. 720. Sintenis, Civilrecht B. 2 S. 797 not. 47. — Voet a. a. O. §. 15 behauptet von der cautio d. inf. zwar, non amplius in usu esse, heut zu Tage genüge eine Proteſtation, aber ohne einen Grund anzugeben. Eine Proteſtation kann nur da ein förmliches Verſprechen (cautio) vertreten, wo Landesgeſetze oder Statuten dies ausdrücklich beſtimmen.

Digitized by Google

die Baupolizei Hilfe gegen drohenden Schaden schaffen kann, so ist doch schon hier der Eintritt des Schadens, ehe dem Polizeibefehle nachgekommen wird, nicht unmöglich und ein Schadensersatz dann ohne Caution nach gemeinem Rechte nicht begründet. Aber es ist die Frage, ob bei allen baufälligen Gebäuden, wenn nicht Kontraventionen gegen Bauordnungen vorliegen, oder sanitäts- und andere polizeiliche Rücksichten sich geltend machen, polizeiliche Hilfe eintreten kann und darf, und dann giebt es außer Gebäuden noch eine Menge Gegenstände, die uns Schaden zufügen können, und nicht der polizeilichen Fürsorge unterfallen, wie Mauern, Planken, Gräben und dergl. im Freien. Insbesondere aber sind es die großen gewerblichen und industriellen Anlagen und Werke der Neuzeit, z. B. Torfgruben, Steinkohlenabbaue, Eisenbahnen, Fabriken und dergl., bei denen die cautio d. inf. als ein höchst zweckmäßiges und unentbehrliches Rechtsmittel sich erweist, wie die nachfolgenden Rechtsfälle ausreichend bestätigen werden.

Digitized by Google

II. Abſchnitt.

Die aquae pluviae arcendae actio [1]).

I. Allgemeines.

§. 28.

Die aquae pluviae arcendae actio (a. pl. a. actio künftig) geht aus folgenden Grundſätzen hervor:

Das Regenwaſſer iſt eine caſuelle Erſcheinung; es kann nützen und ſchaden, und vermöge eines bekannten Naturgeſetzes nimmt es ſeinen Lauf von den höher gelegenen Grundſtücken nach den tiefer gelegenen. Für ſein Erſcheinen und ſeine Einwirkungen iſt Niemand verantwortlich.

Aus dem natürlichen Laufe des Regenwaſſers folgt von ſelber, daß der Beſitzer des tiefer gelegenen Grundſtücks das von oben kommende Regenwaſſer aufnehmen muß. Den Schaden davon muß er compenſiren mit dem Nutzen (S. 156).

Wegen ſeiner zufälligen Eigenſchaft darf der Eigenthümer des höher gelegenen Grundſtücks es zu ſeinem Nutzen zurückhalten, dagegen aber keine Veränderung an Grund und Boden vor-

---

1) Geſterding, Ausbeute V S. 1 ff. Elvers, Themis N. F. B. 1 S. 474 ff. Schneider, Zeitſch. f. Civilr. u. Proz. V S. 325 ff. Schmidt, juriſt. Abhandl. 1841 S. 90 ff. Schäffer, Arch. f. prakt. Rsw. II S. 16 ff. Bekker, Jahrb. des gem. Rs. V S. 176 ff. Unterholzner, Schuldverh. II S. 194—201. Heſſe, Jahrb. f. Dogm. VII S. 215.

Digitized by Google

nehmen, durch welche der Abfluß des Waſſers zum Nachtheile ſeines Nachbars nach unten geändert wird.

Die Vorſchriften der a. pl. a. actio wurzeln nicht in dem ſtricten jus, ſondern in der aequitas. In Betracht kommt das nachbarliche Verhältniß, die caſuelle Eigenſchaft des Regenwaſſers und der mögliche Schaden deſſelben für den Landbau [2]). Die Klage bezweckt nur Beſeitigung einer Veränderung an Grund und Boden, welche dem Nachbar ſchädlich werden kann, aus den eben erwähnten Rückſichten. Die Grundſätze der a. pl. a. actio ſind alſo durchweg eigenthümliche, welche nicht verallgemeinert oder mittelſt Analogie auf andere Rechtsmittel (z. B. auf die Negatorienklage) bezogen werden können. Dieſe Sätze ergeben ſich aus folgenden Stellen: l. 1 §. 23 D. h. t. 39, 3 (Ulpian): Denique ait (Labeo): „Conditionibus agrorum quasdam leges esse dictas, ut in quibus agris magna sint flumina, liceat mihi scilicet in agro tuo aggeres vel fossas habere; si tamen lex non sit agro dicta, agri naturam esse servandam et semper inferiorem superiori servire, atque hoc incommodum naturaliter pati inferiorem agrum a superiore, compensareque debere cum alio commodo; sicut enim omnis pinguitudo terrae ad eum decurrat, ita etiam aquae incommodum ad eum defluere". — Ferner l. 2 pr. D. eodem: „In Summa tria sunt, per quae inferior locus superiori servit, lex, natura loci, vetustas, quae semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa". Man hat hier wohl das „servire" von einer geſetzlichen Servitut oder wenigſtens einem ſervitutähnlichen Verhältniß verſtehen wollen, und dann die actio aquae pluviae arcendae aus dem bei Servituten gangbaren Grundſatze, daß der Berechtigte ſie civiliter ausüben müſſe, abzuleiten verſucht; allein dieſe Auf-

2) l. 1 § 21 h. t. Sie iſt aus den obigen Gründen auch keine Eigenthumsbeſchränkung. Bekker a. a. O. V. S. 176.

Digitized by Google.

faſſung widerſtrebt dem ganzen Geiſte und Inhalte der genannten Klage, und da inſonderheit nur eine perſönliche Klage und keine Servitutenklage gegeben wird, ſo iſt wohl anzunehmen, daß Paulus und Ulpian das Wort servire nur analog hier gebraucht haben, um anzudeuten, daß der Beſitzer des locus inferior etwas dulden müſſe oder nicht thun dürfe [3]), reſp. um das patientiam praestare damit gewiſſermaßen zu rechtfertigen (§. 32 unten).

Weiter ſagt l. 1 §. 1 D. h. t. (39, 3): haec actio locum habet — quum quis manu fecerit, quo aliter flueret aqua, quum natura soleret, si forte immittendo eam aut majorem fecerit aut citatiorem, aut vehementiorem, aut si comprimendo redundare effecit. Es tritt in ähnlicher Weiſe, wie bei der cautio damni infecti, in Rückſicht auf das nachbarliche Verhältniß die aequitas vermittelnd ein, und ſucht das Recht des Eigenthümers mit der billigen Rückſicht, die dem Nachbar ziemt, zu verſöhnen, indem ſie zwar nicht alle Vorkehrungen des Eigenthümers (opera manufacta) direkt verbietet, aber doch dem Nachbar eine Klage auf deren Beſeitigung giebt, ſobald er durch ſie geſchädigt wird. Daß dieſe Klage auf dem Nachbarverhältniß, und weniger auf ſtaatspolizeilichen, die Beförderung der Landwirthſchaft bezweckenden Rückſichten in ihrem Prinzipe beruht, das ergiebt ſich aus unſerem Pandektentitel, welcher beinahe in jedem Fragmente von dem „vicinus“ ſpricht, und erhellt aus der Milde, die in den Grundſätzen der Klage durchweg vorwaltet. Die Veränderungen an Grundſtücken (opera) werden nicht als an ſich unerlaubt, als widerrechtlich

3) Im Gegentheil iſt da, wo die Aufnahme des Regenwaſſers wirklich auf Grund einer Servitut erfolgt, die aquae pl. arc. actio nicht zuläſſig, l. 2 §. 10 D. h. t. Geſterding, Lehre vom Eigenthum S. 20 ſpricht von einer natürlichen, aber keiner wahren Servitut; damit wird aber für die Rechtsdeduktion nichts gewonnen.

Digitized by Google

(injuria) betrachtet, sondern sie erscheinen erst dann als widerrechtlich, wenn der Nachbar sie prohibirt hatte, oder wenn sie heimlich geschehen sind, oder wenn sie vollendet werden, nachdem die aquae pluviae arcendae actio erhoben worden[4]). Wir haben demnach ganz dieselbe Basis für diese Klage, wie für die cautio damni infecti; wir haben bei beiden nur mit einem damnum futurum zu thun, bei beiden handelt es sich nicht um culpa oder um eine an sich widerrechtliche oder unberechtigte Handlung[5]), sondern nur darum, daß eine an sich rechtmäßige Handlung in den Bereich des Nachbars schädlich hinüber wirkt, und die schädliche Wirkung als Unbilligkeit behandelt wird. Die Eigenheit, daß diese Klage das damnum, quod ante litem contestatam datum est, nicht erfassen soll, scheint mir der deutlichste Beweis dafür, daß dieses damnum nicht aus einer an sich rechtswidrigen Handlung abstammt, sonst wäre sie eine im ganzen römischen Klagensysteme einzig dastehende Abnormität. Man kann deshalb auch diese Klage nicht wohl als eine Deliktsklage und das schadendrohende opus als delictum betrachten, wie Unterholzner annimmt[6]), weil sich sonst nicht erklären läßt, warum nicht auch der ante judicium geschehene Schaden ersetzt werden soll, wenn das facere opus schon an sich

---

4) Daher konnte Paulus in l. 12 D. h. t. sagen: nam actori moram suam nocere debere, manifestum est — was sonst keinen Sinn gäbe.

5) Curtius, Handb. des sächs. Civilrechts §. 1218 not. a. „Der, welcher auf seinem Grundstücke eine solche Anlage macht, begeht an sich hierdurch keine unerlaubte Handlung und kann folglich auch nicht zum Ersatz des vor erhobener Klage entstandenen Schadens angehalten werden." Auch Gesterding, Lehre vom Eigenthum S. 22 hat für die Sache den richtigen Gesichtspunkt gefunden, indem er das opus manufactum als ein dem Eigenthümer an sich zustehendes Recht und die aqua pl. arc. actio als eine Beschränkung desselben auffaßt.

6) Unterholzner, Schuldverhältnisse, B. II S. 196. — Bekker a. a. O. V. S. 178 möchte sie für eine Quasideliktsklage halten.

Digitized by Google

ein Delikt wäre. Sie ist auch keine Schadensklage, wie die actio legis Aquiliae und andere.

Wenn daher die Verpflichtung zur Aufnahme des Wassers nicht auf jener natürlichen Verbindlichkeit und auf dem Nachbarrechte beruht, sondern sich auf eine Servitut gründet, so kommen nicht die billigeren Grundsätze der aquae pluviae arcendae actio, sondern die Grundsätze der Servituten in Anwendung.

Es fragt sich aber, warum wir bei dieser Identität der Grundlage neben der cautio damni infecti noch diese spezielle Klage finden? Beide Rechtsmittel stammen wahrscheinlich aus dem Zwölftafelgesetze her; und bei beiden kam nach unserer Meinung die Erwählung eines arbiter vor. Es betraf jedoch wahrscheinlich die actio de damno infecto nur Bauwerke; daneben stellte sich dann noch die aquae pluviae arcendae actio in Bezug auf landwirthschaftliche Grundstücke und Werke in Ansehung des Regenwassers als Bedürfniß heraus. Darauf weist der Umstand hin, daß wir mit der cautio d. infecti die operis novi nuntiatio, mit der aquae pluviae arcendae actio dagegen das interdictum quod vi aut clam meistentheils in Verbindung finden; l. 1 §. 16. 17. 18 D. 39, 1. l. 4 §. 2. 3. l. 5. l. 14 pr. §. 3. l. 22 pr. D. 39, 3. Als nun später die Prätoren die cautio d. inf. in ihren Edikten einführten, und auf alle opera erstreckten, da hatte sich die aquae pluviae arcendae actio in der Rechtspraxis längst eine selbstständige und sichere Stellung erworben, daß Niemand daran dachte, sie als überflüssig aufzugeben. Sie gewährte auch nebenbei den Vortheil, daß bei ihr durch den arbiter nach summarischer Erörterung der Sache *sofort* dem Beklagten die Wegnahme oder Abänderung des schadendrohenden Werkes aufgegeben wurde, — was in Rücksicht auf den *Ackerbau*, für welchen sie lediglich berechnet ist, nothwendig und zweckmäßig erscheint, weil eine in Ansehung des Regenwassers auf dem oberen Grundstücke gemachte Anlage bei

Digitized by Google

einfallendem heftigen Regen sehr leicht dahin führen kann, daß das am Abhange tiefer gelegene Grundstück zerrissen und vielleicht ganz zerstört, somit aber der Besitzer der ganzen Ernte und vielleicht der Hoffnung mehrerer Ernten beraubt wird — ein Schaden, der in Geld nicht immer entsprechend ersetzt werden kann, und nationalwirthschaftlich einen doppelten Verlust involviert.

Die aquae pluviae actio dürfte älteren Ursprungs oder eben so alt sein, als die cautio damni infecti. Daß die aquae pluviae arcendae actio schon in den Zwölftafelgesetzen Erwähnung gefunden habe, dafür spricht eine gelegentliche Aeußerung des Pomponius in l. 21 pr. D. 40, 7: „Et quod ita scriptum est: videbitur pro hoc accipi debet: videri poterit. Sic et verba legis XII tabularum veteres interpretati sunt: Si aqua pluvia nocet, id est si nocere poterit" — [7]). Es wird dies aber dadurch noch bestätigt, daß in l. 22 D. 39, 3 diese Klage actio legitima genannt wird, eine Bezeichnung, welche Pomponius, von dem diese Stelle herrührt, von den alten legis actiones gebraucht [8]). Nach der Annahme bewährter Schriftsteller [9]) hat jedoch auch das prätorische Edikt eine Formel für diese Klage enthalten, wofür die Ueberschrift der meisten leges in dem Titel de aqua et aquae pluviae arcendae (ad Edictum), insbesondere aber die Ueberschrift der l. 13: „Gajus ad edictum Praetoris urbani, titulo de aquae pluviae arcendae" sprechen dürften. Schneider in der Zeitschrift für Civilrecht und Proz. B. V S. 326 bestreitet dies aus

7) Nach Dirksen, Uebersicht der bisherigen Versuche zur Herstellung der Zwölftafeln, gehört sie in die VII. Tafel. Wir haben aber schon früher bemerkt, daß Dirksen und Gothofred auch die l. 5 D. 43, 8 irrthümlich hierauf beziehen.

8) l. 2 §. 6 D. 1, 2. Auch Gellius XX. 10. Savigny, System B. V S. 61.

9) Hefftter, die Oekonomie des Edikts im Rheinisch-Museum I S. 57.

Digitized by Google

dem Grunde, weil das Edikt selbst gar nicht berührt werde, während doch sonst in den Quellen überall die Gewohnheit der römischen Juristen hervortrete, bei Behandlung der zum jus honorarium gehörenden Materien die eigenen Worte des Edikts anzuführen, diese zu erläutern und mit Bemerkungen zu versehn. Dieser Grund ist nicht durchschlagend. Es erhellt mit Gewißheit aus den vorhandenen Fragmenten, daß der Klage mit der Zeit und nach den Bedürfnissen der Landwirthschaft durch das Edikt und wahrscheinlich auch durch die Juristen eine viel weitere Bedeutung und Wirksamkeit gegeben worden ist, als sie nach ihrer ursprünglichen Fassung und Tendenz gehabt hat.

II. Begriff und Erfordernisse der aquae pluviae arcendae[10]) actio.

§. 29.

Die ursprüngliche Bedeutung und Absicht der Klage spricht sich in folgenden Stellen aus: l. 1 pr. D. h. t. (Ulpian): „Si cui aqua pluvia damnum dabit, actione aquae pluviae arcendae avertetur aqua. Aquam pluviam dicimus, quae de caelo cadit, atque imbre accrescit, sive per se haec aqua caelestis noceat, ut Tubero ait, sive cum alia mixta sit“; ferner in l. 1 §. 1 D. eod. und in §. 15 ib.: „In summa puto ita demum aquae pluviae arcendae locum actionem habere, si aqua pluvia, vel quae pluvia crescit, noceat non naturaliter, sed opere facto, nisi si agri colendi causa id factum sit —“ §. 17 ib.: „Item sciendum est, hanc actionem non alias locum habere, quam si aqua pluvia agro noceat“.

Die Klage findet also Statt, wenn auf einem Grundstücke

10) Das arcere bezieht sich auf den klägerischen Anspruch und den richterlichen Ausspruch, Cic. Top. IV, 23; pro Murena cap. 9.

Digitized by Google

durch Menschenwerk eine Anlage oder sonst eine Veränderung an Grund und Boden gemacht worden ist, welche eine für das landwirthschaftliche Grundstück des Nachbars schädliche Aenderung oder Störung des natürlichen Laufes des Regenwassers oder eines durch Regenwasser angeschwellten Gewässers befürchten läßt.

Hiernach begreift die aquae pluviae arcendae actio zwei Hauptfälle:

1) entweder der Besitzer des höher gelegenen Grundstücks hat Anstalten gemacht, welche den Ablauf des Regenwassers nach dem tiefer gelegenen Grundstücke zum Schaden desselben verändern, so daß es in größerer Menge, oder schneller oder reißender zu dem letzteren gelangt,

2) oder der Besitzer des tiefer gelegenen Grundstücks hat Vorrichtungen gemacht, welche den natürlichen Abfluß des Regenwassers von dem höher gelegenen Grundstücke in das seinige hemmen oder stören, so daß das Wasser auf dem ersteren sich stemmt und stauet[11]); l. 1 §. 13: Item sciendum est, hanc actionem vel superiori adversus inferiorem competere, ne aquam, quae natura fluat, opere facto inhibeat per suum agrum decurrere, et inferiori adversus superiorem, ne aliter aquam mittat, quam fluere natura solet."

Aus dem Obigen ergeben sich als Voraussetzungen der aquae pluviae arcendae actio: Regenwasser oder ein damit gemischtes Gewässer — ein opus manufactum — damnum futurum —

---

11) Der französ. code civil, art. 640 enthält darüber Folgendes: „Les fonds inférieurs sont assujettis, envers ceux, qui sont plus élevés, à reservoir les eaux qui en découlent naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué. — Le propriétaire inférieur ne peut point élever de digne, qui empèche cet écoulement. — Le propriétaire supérieur ne peut rien faire, qui aggrave la servitude du fonds inférieur". — Es ist dies eine Paraphrase zu unserem lateinischen Texte.

Digitized by Google

ein ager, welcher beschädigt wird. Es wird nun unsere Aufgabe sein, diese Voraussetzungen einzeln zu erörtern.

I. Das erste Haupterforderniß der aquae pluviae arcendae actio besteht nach der obigen Umschreibung der Klage in Regenwasser. Nach einer Aeußerung Cicero's (Topica cap. 9): „si aquam pluviam eam modo intelligeremus, quam imbri collectam videremus, veniret Mucius, qui quia conjugata verba essent „pluvia et pluendo", diceret, omnem aquam oportere arceri, quae pluendo crevisset" — scheint die Klage ursprünglich nur auf den Lauf von Regenwasser an und für sich gerichtet gewesen zu sein, und die analoge Ausdehnung der Klage auf Gewässer, welche durch Regenwasser angeschwellt sind und in Folge eines opus manufactum schaden, haben wir wahrscheinlich den römischen Juristen zu verdanken [12]).

Dem Regenwasser darf aber jedenfalls auch das Schneewasser [13]), welches durch das Schmelzen des Schnees erzeugt wird, gleichgestellt werden, quia de caelo cadit. Wenn dies von den römischen Juristen nicht berührt wird, mag das seinen Grund darin haben, daß Schneefall, der auf die Gewässer einen

---

12) Schmidt, Abhandlungen S. 96. Die Basiliken erklären: ὀμβρικὸν δὲ ὕδωρ ἐστὶ τὸ ἀπὸ τοῦ οὐρανοῦ κατιόν, κἂν ἄλλῳ μίγνυται. Schneider, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß B. V S. 327. — Als Zeichen, wenn die Wirkungen des Regenwassers bei fließenden Gewässern vorhanden sind, gelten den römischen Juristen: die Verwandlung der Farbe dieser Gewässer oder das Anschwellen derselben, l. 1 §. 16 D. h. t. — Die Veränderung von increscit in nigrescit bei Fronerius, rer. quotid. lib. 1 cap. 15 ist unnöthig und unzweckmäßig. — Zeitschr. sächs. R. F. Bd. 23 S. 241.

13) Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. II S. 196. Aggenus urb., comm. in Frontinum (ap. Goesium pag. 57): „Haec quaestiones maxime in Gallia togata moventur, quae multis contexta fluminibus immodicas Alpium nives in mare transmittit, et subitarum regelationum repentinas inundationes patitur".

Digitized by Google

merklichen Einfluß üben konnte, den Römern eine seltene Erscheinung gewesen sein mag, nicht minder in der Gewohnheit der römischen Gesetzgeber, sich nicht in abstrakten Regeln, sondern in konkreter Weise auszudrücken.

Daß aber die Klage auch dann Platz greift, wenn Gewässer, die durch Regen angeschwellt sind, in Folge eines Menschenwerks Schaden zufügen, dürfte kaum bezweifelt werden können[14]), indem folgende Stellen: „sive per se haec aqua caelestis noceat, sive cum alia mixta sit“ (l. 1 pr.) — „si aqua pluvia vel quae pluvia crescit“ — „imbre autem crescere eam aquam, quae colorem mutat, vel increscit“ (l. 1 §. 15, 16) eine andere Deutung nicht wohl zulassen.

Unter diesen Gewässern sind zu verstehen: stehende Gewässer, z. B. Sümpfe, Teiche, Seen, und fließende: Bäche und Flüsse, Privatgewässer wie öffentliche. Dies bezeugen die einzelnen in den Quellen aufgeführten Beispiele, l. 1 §. 2 D. h. t.: Neratius scribit: Opus quod quis fecit, ut aquam excluderet, quae exundante palude in agrum ejus refluere solebat, si ea palus aqua pluvia ampliatur, eaque aqua repulsa eo opere agris vicini noceat, aquae pluviae actione cogetur tollere“, — weiter in l. 23 §. 2 eod.: „Aggeres juxta flumina in privato facti in arbitrium aquae pluviae arcendae veniunt, etiam si trans flumen noceant, ita si memoria eorum extet et si fieri non debuerint“.

Wenn der Versuch gemacht worden ist[15]), die flumina,

14) Unterholzner a. a. O. S. 196. Wening-Ingenheim, Civilrecht, 3. Buch §. 318. Westphal, interpr. jur. civ. de lib. et serv. praed. sect. II cap. 15. 422. Schneider, S. 327 ff.

15) Von Funke im Archiv f. civ. Praxis Bd. 12 S. 439, namentlich in Beziehung auf l. 2 §. 9 h. t. Siehe dagegen Schneider a. a. O. S. 328 ff. — Aehnlich, wie Funke, erklärt die flumina Schmidt a. a. O. S. 103 ff.

Digitized by Google

welche in dem Titel de aqua et aquae pluviae arcendae erwähnt werden, nur von zusammengeflossenem Regenwasser zu erklären, so läßt sich zwar nicht läugnen, daß flumen überhaupt jedes Wasser, welches fließt, bedeuten kann[16]), und sehr häufig gerade von fließendem Regenwasser gebraucht wird, z. B. bei der servitus fluminis immittendi; daß aber auch in unserem Falle flumen lediglich in dieser Bedeutung zu nehmen sei, dem widerspricht der allgemein gehaltene Ausdruck „aqua quae pluvia crescit", insbesondere aber der Ausspruch des Cicero, welchen wir oben angeführt haben: „omnem aquam oportere arceri, quae pluendo crevisset", und endlich der Inhalt folgender Stellen: l. 2 §. 9 h. t.: si vicinus flumen, torrentem averterit (torrens hyeme fluens), l. 23 §. 2 h. t., aggeres juxta flumina in privato facti — etiamsi trans flumen noceant[17]), l. 1 §. 23 h. t., ut quibus agris magna sint flumina, liceat mihi sc. in agro tuo aggeres vel fossas habere; (die aggeres zum Schutze gegen das Austreten der flumina, die fossae zur Rückleitung des etwa ausgetretenen Wassers.) Dadurch wird der Einwand Funke's beseitigt, daß man große Flüsse nicht durch Gräben ableiten könne. Magna flumina können auch starke Bäche resp. Gießbäche sein, l. 1 §. 2—4 D. 43, 12.

Freilich muß immer vorausgesetzt werden, daß in Folge des opus manufactum nicht der Fluß oder das Gewässer an sich schadet, sondern erst das Regenwasser durch seine Verbindung mit dem Flusse, also durch die Anschwellung und — was der häufigste Fall sein wird — durch Ueberschwemmung[18]).

---

16) Romagnosi, vom Wasserleitungsrecht, übers. v. Niebuhr, S. 108.

17) Vergl. l. 1 §. 4 D. 43, 15.

18) Schmidt a. a. O. S. 57 ff. Wenn in einzelnen Fragmenten bisweilen aqua ohne Zusatz von pluvia vorkömmt, so ergiebt doch der Zu-

Digitized by Google

Kind, Archiv für civ. Praxis, Bd. 18 S. 52 behauptet, in l. 1 §. 1 und l. 23 §. 2 werde nur ein Verengen des Wasserbettes verboten, und in l. 1 §. 2 h. t. sei von einem Damme die Rede, welcher das Wasser auf ein fremdes Grundstück dränge, wohin es an sich keinen natürlichen Abfluß hatte. Die letztere Behauptung verstehe ich dahin, daß das Wasser ohne den Damm in das Nachbargrundstück nicht eingedrungen wäre; die erstere halte ich für unrichtig. l. 23 §. 2 sagt ausdrücklich, daß Dämme neben dem Flusse, und zwar nicht einmal auf dem Ufer (in publico) errichtet worden seien; es kann also nicht von einem Verengen des Wasserbettes die Rede sein.

Meistens werden wohl unter flumina Gießbäche zu verstehen sein, aber darum sind flumina perennia nicht ausgeschlossen. Daß insbesondere in der citirten l. 23 §. 2 öffentliche Flüsse gemeint sind [19]), geht deutlich daraus hervor, daß der Jurist, ausdrücklich hinzugefügt: „aggeres juxta flumina in privato facti". Es deutet dies darauf hin, daß das Werk nicht am oder auf dem Ufer des Flusses errichtet sein kann, weil dies bei einem öffentlichen Flusse in usu publico sich befindet, und wegen eines opus quod in publico fit, die aquae pluviae

sammenhang, daß Letzteres nur der Kürze halber weggelassen worden ist. Schmidt a. a. O. S. 98. — Die Klage darf begreiflicherweise erhoben werden, wenn zwar die Anlage gemacht worden, aber Regen noch nicht erfolgt ist. Es wird aber vorausgesetzt, daß durch Augenscheinseinnahme oder Sachverständige dargethan werden kann, daß, sobald das Regenwasser in das andere Gewässer fällt, Schaden zu befürchten steht, sei es nun dadurch, daß das andere Gewässer aus seinen Ufern tritt und überschwemmt, wo es früher nicht überschwemmt hat, oder sei es, daß wenn dies früher schon der Fall gewesen, durch das opus novum auf eine Weise überschwemmt, die mehr Schaden anstiftet. Vergl. Schneider a. a. O. S. 335 ff. gegen Maranus, parat. D. ad h. l., welcher die aquae pluviae arcendae actio überhaupt wegen Immission von Gewässern gestatten will.

19) Von Eindämmen an öffentlichen Flüssen versteht die Stelle auch Unterholzner a. a. O. S. 196 not. b. Schmidt a. a. O. S. 334.

Digitized by Google

arcendae actio nicht zulässig ist, l. 15 D. 41, 1. l. 3 pr. D. 43, 12. l. 3 §. 3 D. h. t. Gegen Werke, welche in oder an einem öffentlichen Flusse oder an dem Ufer desselben unternommen wurden, und die Nachbarn durch Veränderung des Wasserlaufs an sich, auch ohne Hinzutritt von Regenwasser gefährdeten, gab der Prätor Interdikte, (l. unic. pr. §. 1, 3 D. ne quid in flum. publ. 43, 13) und nach Umständen die cautio damni infecti (l. unic. pr. §. 3, 4 D. 43, 15)[20]).

Was aber die nachtheilige Veränderung des Wasserlaufs an Privatflüssen anlangt, so gilt nach römischem Rechte darüber der Grundsatz „flumen privatum nihil differt a ceteris locis privatis" und „quod fit in flumine privato, perinde est, atque si in alio privato loco fiat." — Da nämlich bei dem flumen privatum nach römischer Auffassung der regelmäßige Wasserlauf mangelt, weil die schwache Nahrung (durch Quelle oder Regen) in der warmen Jahreszeit ganz vertrocknet und deshalb der zeitweilige Erguß des Wassers in der Hauptsache nur als ein Produkt von Schnee und Regen betrachtet wird, so finden hier auch durchweg die Grundsätze der aquae pluviae arcendae actio Anwendung[21]).

Anders ist das Rechtsverhältniß wieder bei dem Abflusse

20) Hoc interd. prospexit Praetor, ne mutatus alveus vicinis injuriam aliquam afferat. — Is autem, qui ripam vult munire, de damno futuro debet cavere — dabitur autem satis vicinis, sed et his, qui trans flumen possidebunt.

21) Vergl. §. 35 unten. Interessant ist die alte Inschrift bei Gruter 180, 3: „Fontium aquarumque coelestium ex montibus delabentium torrenti sufflamen his muris fossaque opposuit et ad plana perduxit." — Festus de verb. signif. v. torrens „Torrens significat fluvium subitis imbribus concitatum, qui alioquin siccitatibus exarescit." Wenn Schneider a. a. O. S. 330 daraus, daß Festus concitatum und nicht natum oder ortum gebraucht, deduziren will, daß jeder torrens eine Quelle zum Ursprung haben müsse, so ist diese Folgerung darum nicht unzweifelhaft, weil concitare auch „in Bewegung setzen" resp. „verursachen" bedeuten kann.

Digitized by Google

aus einer im Privateigenthume befindlichen Quelle, welcher noch keinen Bach oder Fluß bildet. Hier kann wegen eines opus die aquae pluviae actio nur dann gebraucht werden, wenn durch Hinzutritt von Regenwasser der Schaden bewirkt wird.

Wenn aber der Ablauf von Quellwasser oder wenn Flußwasser zwar in Folge eines Menschenwerks, aber ohne Hinzutritt von Regenwasser Schaden zufügt, so findet unsere Klage nicht Statt. Diesen Fall behandelt Ulpian in l. 3 D. h. t.: „Apud Trebatium relatum est, eum, in cujus fundo aqua oritur, fullonicas[22]) circa fontem instituisse, et ex his aquam in fundum vicini immittere coepisse; ait ergo, non teneri eum aquae pluviae arcendae actione. Si tamen aquam corrivet, vel si spurcam quis immittat, posse eum impediri, plerisque placuit". Dieses Fragment dürfte so zu verstehn sein: Es hat Jemand auf seinem Grundstücke eine Quelle. Ob dieselbe so stark springt, daß ein Abfließen auf das tiefer gelegene Nachbargrundstück Statt gefunden hat, wird nicht gesagt; wir dürfen es deshalb auch nicht in die Stelle hinein tragen. Nun legt der Besitzer eine Walke[23]) an, wozu er das Quellwasser benutzt, und läßt das gebrauchte Wasser auf das Nachbargrundstück ablaufen, (nach seinem natürlichen Gesetze, so daß immittere nicht in der gewöhnlichen Bedeutung von „hineinleiten" zu nehmen ist, weil sonst dem Nachbar die Negatoria resp. das Interd. quod vi aut clam zustehn würde[24]). Den natürlichen Ablauf des Quellwassers muß der Nachbar aufnehmen, da hier von aqua, quae in fundo oritur, die Rede

22) Die Glosse versteht hierunter rivi subterranei und liest statt corrivet: contineat. Beides läßt sich offenbar nicht rechtfertigen.

23) Die Stoffe wurden in großen Kübeln durch Treten gewaschen. Lübker, Realley. des klass. Alterth. S. 362.

24) l. 8 §. 5 D. 8, 5. Hesse, Jahrb. für Dogm. VII S. 236. Unterholzner, Schuldverh. S. 196 nota d. Vergl. noch arg. ex l. 20 §. 1. l. 29 D. 8, 3.

Digitized by Google

ist, nicht aber von einem künstlich zu Tage beförderten Gewässer[25]). Allein er braucht sich nicht gefallen zu lassen, daß der Walker es ihm in einem künstlichen Graben oder einem andern Gerinne zuweist (si tamen aquam corrivet), oder daß derselbe verunreinigtes und schmutziges Wasser ihm zufließen läßt (si spurcam immittit); dagegen würde er mit der Negatoria sich schützen können, (posse eum impediri). Die Stelle, obwohl sie gar nicht von der a. pl. a. actio handelt, ist darum noch keine lex fugitiva, was sich schon aus: ait ergo, non teneri eum a. pl. a. actione ergiebt; sie bestätigt, daß unsere Klage lediglich gegen die Gefahr des Regenwassers anwendbar ist.

Das impediri posse verstehen Schmidt und Schneider[26]) von der actio aquae pluviae arcendae; doch dürfte ihnen darin nicht beizustimmen sein. Denn die l. 3 cit. zählt durchweg Fälle auf, in denen diese Klage nicht statthaft sein soll, und es mangelt in dem fraglichen Beispiele nicht nur das Erforderniß des Regenwassers, was man erst hineintragen müßte, sondern es fehlt auch die Hinweisung auf einen Schaden, der dem Nachbar an seinem Grundstücke zugefügt wird. Endlich paßt das impediri nicht zu der Intention unserer Klage, welche opere jam facto auf ein restituere durch den arbiter gerichtet ist, l. 7. l. 14 §. 3. l. 23 §. 2 D. h. t., und es wird auch sonst niemals von der aquae pluviae arcendae actio der Ausdruck „impediri" gebraucht, sondern teneri aquae pluviae arcendae actione, — locum habere, aquae pluviae arcendae agi posse und dergl., während das impediri, gleich-

25) Hesse a. a. O. S. 235 ff., 239. §. 47, 48 unten.

26) Schneider a. a. O. S. 334. Schmidt, Abhandlung S. 102. Letzterer unterscheidet 3 Fälle: 1) es errichtet Jemand eine Werkstatt unter Benutzung von Quellwasser, 2) er leitet Regenwasser zu diesem Behufe zusammen, 3) er leitet es nicht zusammen, aber er macht es durch seine Arbeit schmutzig. In dem ersten Falle soll die aquae pluviae arcendae actio nicht, wohl aber in den beiden letzten zulässig sein.

Digitized by Google

bedeutend mit prohibere, auf die Prohibition sammt dem Interdikte quod vi aut clam, und resp. auf die Negatorienklage hinweisen dürfte[27]). Nach meiner Ansicht billigt im ersten Theile dieser Stelle Ulpian die Meinung des Trebatius, daß in dem erzählten Falle die Klage (aquae pluviae arcendae) nicht statthaft sei, weil Quellwasser, nicht Regenwasser, in Frage steht. Damit harmonirt sein Ausspruch im folgenden Paragraphen, neque enim aquae calidae aquae pluviae sunt. Es giebt ihm aber der von Trebatius referirte Fall Gelegenheit, daran die Entscheidung eines andern Falles zu knüpfen, welcher streng genommen nicht hierher gehört, aber doch der Sache nicht fremd ist, weil Ulpian und Paulus in ihren Bearbeitungen des Edikts neben der aquae pluviae arcendae actio auch andere Wasserfragen, namentlich die Wasserleitungsgerechtigkeit erörtern. Er fügt also hinzu: Der Nachbar, der das Quellwasser durch sein Grundstück ablaufen lassen muß, brauche nicht zu dulden, daß das ablaufende Wasser in einem rivus ihm zugeleitet, oder durch Schmutz verunreinigt werde.

Ein anderes Beispiel wird uns in derselben l. 3 cit. §. 1 geboten: (Ulpian) „Idem Trebatius putat, eum cui aquae fluentes calidae noceant, aquae pluviae arcendae cum vicino agere posse. Quod verum non est; neque enim aquae calidae aquae pluviae sunt.“ Daß hier nicht warme Bäder gemeint sind, wie in dem deutschen Corpus juris übersetzt wird, ergiebt sich aus l. 1 §. 13 D. 43, 20; im Gegentheil ist hier der Fall gesetzt, daß warme Quellen nicht zu Bädern benutzt und deshalb gefaßt worden sind, sondern daß sie ablaufen (fluentes). Wenn diese durch das heiße

27) Unterholzner a. a. O. S. 176 not. f bemerkt: „Das posse eum impediri braucht keineswegs auf die aquae pluviae arcendae actio gedeutet zu werden.“ Gothofred sagt etwas dunkel: „cur ita? de naturali cursu tunc non agitur, sed de immittentis vitio.“

Digitized by Google

Wasser schaden, also ohne Vermischung mit Regenwasser, so soll die actio aquae pluviae arcendae nicht anwendbar sein, weil heißes Quellwasser kein Regenwasser ist[28]).

Wenn Unterholzner[29]) weiter noch ein Beispiel anreiht, in welchem diese Klage nicht zulässig erscheine, nämlich wenn Wasser auf ein Grundstück zur Bewässerung oder zur Betreibung eines Gewerbes künstlich hingeschafft worden sei, so mag diese Behauptung begründet sein, nur läßt sie sich nicht auf l. 3 pr. §. 2 h. t. stützen, weil im pr. der l. 3 von einer natürlichen Quelle die Rede ist[30]).

§. 30.

Wir haben bisher den Ablauf des Regenwassers nur unter dem Gesichtspunkte eines natürlichen betrachtet, das heißt, denjenigen Lauf des Regenwassers, welchen dasselbe von selbst nach seiner Natur und der Beschaffenheit des Terrains sich wählt. Dabei ist es möglich, daß der Lauf des Wassers sich öfters ändert und seine Richtung einmal hierhin, einmal dorthin nimmt.

Es kann ihm jedoch auch eine bestimmte Richtung angewiesen sein (durch Gräben), und es können Vorkehrungen, um seinen Lauf zu regeln oder unschädlich zu machen, getroffen sein (Dämme oder Wälle). Alle diese auf den Lauf des Regenwassers sich beziehenden Verhältnisse faßt Savigny[31]) unter

---

28) Schneider a. a. O. S. 335. Unterholzner l. c. S. 196 not. e.

29) Unterholzner a. a. O. S. 196 nota c.

30) Schmidt, Abhandlungen S. 102—105 hat noch wegen des Mangels der aqua pluvia schwierig gefunden l. 1 §. 23 und l. 2 §. 9 D. h. t., worin von flumina die Rede ist. Vergl. jedoch §. 34 und 35.

31) Savigny, System B. 4 S. 487. Wenn er als Regel aufstellt: „Niemand darf den Normalzustand eines Grundstücks eigenmächtig dergestalt ändern, daß der Ablauf des Regenwassers zum Nachtheil meines

Digitized by Google

dem Ausdruck „Normalzustand des Grundstücks" zusammen. Dieser Normalzustand gründet sich nach den Quellen entweder auf die natura loci, oder auf eine lex agrorum oder auf die vetustas. l. 1 §. 23 D. h. t.: Denique ait: conditionibus agrorum quasdam leges esse dictas, ut, quibus agris magna sint flumina[32]) liceat mihi scilicet in agro tuo aggeres vel fossas habere; si tamen lex non sit agro dicta, agri naturam esse servandam —; si tamen lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere. Sane enim in servitutibus hoc idem sequimur, ut ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute neque vi, neque precario, neque clam, habuisse longa consuetudine velut jure impositam servitutem videatur. Non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in ejus agro muniemus eritque ista quasi servitus. In quam rem utilem actionem habemus vel interdictum." Ferner l. 2 eod.: In summa tria sunt, per quae inferior locus superiori servit, lex, natura loci, vetustas, quae semper pro lege habetur."

Es ist unter den Rechtslehrern Meinungsverschiedenheit darüber entstanden, was hier unter lex zu verstehen sei. Manche haben darin einen Vertrag der betheiligten Grundstücksbesitzer, insbesondere einen Servitutenvertrag, finden wollen; allein mit Recht wohl bemerkt hiergegen Schneider[33]),

---

Grundstücks verstärkt oder vermindert werde", so ist das „vermindert" wohl blos ein Schreibfehler statt „verändert", wegen l. 1 §. 11 h. t.

32) Schmidt a. a. O. S. 104 meint, es müsse bei magna flumina subintelligirt werden aquarum pluviarum. Es ist dies nicht nothwendig: Aggenus Urb. (Goesius S. 70) „Quaeritur tamen qualia, quantave sint flumina, in quibus alluvio observari debeat — Multa flumina et non mediocria in adsignationem mensurae antiquae ceciderunt." Siculus Flaccus de cond. agror. S. 19 bei Goesius. Es ist die Anschwellung der flumina durch Regenwasser zu unterstellen (aqua mixta).

33) Zeitschrift a. a. O. S. 362.

Digitized by Google

daß lex zwar die Bedeutung von Vertrag bisweilen habe, dann aber in der Regel nicht jeden Vertrag, sondern nur das pactum adjectum bedeute, und es dürfte noch hinzuzufügen sein, daß — wie später ausgeführt werden soll — die actio aquae pluviae arcendae überhaupt nicht Statt hat, wenn die Verbindlichkeit, das Regenwasser aufzunehmen, auf einem Vertrage der Betheiligten beruht. Unter lex ist in der citirten Stelle vielmehr die lex colonica zu verstehen, das ist der Inbegriff derjenigen Anordnungen und Bestimmungen, welche bei der Gründung einer Kolonie durch die Obrigkeit, der diese Gründung übertragen war, getroffen worden sind[34]). Diese Obrigkeit sind die auctores divisionis assignationisque agrorum, qui primi agros constituerunt (l. 23 pr. D. h. t.), von denen Hygin berichtet: „divisi et assignati agri sunt, qui veteranis aliisve personis per conturias certo modo adscripti aut dati sint, aut redditi veteribus possessoribus (bei Eroberungen) commutatique pro suis sunt. Hi agri leges accipiunt ab his, qui veteranos deducunt, et ita propriam observationem eorum lex data praestat in his agris[35]). Nach der Gründung der Kolonie aber konnten solche leges agrorum nur durch den Kaiser oder den Senat noch geschaffen werden, l. 23 pr. h. t. Quod principis aut senatus jussu aut ab iis, qui primi agros constituerunt, opus factum fuerit, in hoc judicium non venit."

---

34) Savigny a. a. O. S. 488. Es wurden dazu besondere Kommissionen gewählt und ernannt, Duumviri, Triumviri, Quinqueviri u. s. w. Vergl. Cicero's Reden in Rullum. Schmidt S. 115. Schneider S. 331 ff.

35) Hyginus de limit. const. bei Goesius (rei agrariae auctores legesque variae) Amstel. 1674. Cujac rec. in libr. 49. Schmidt, civil. Abhandl. B. 1 S. 118. Siculus Flaccus de cond. agror. (bei Goesius S. 13). „Illud vero auctores divisionis assignationisque leges quasdam colonis describunt." —

Digitized by Google

Was unter vetustas zu verstehen sei, erläutert Labeo in l. 2 §. 8 D. h. t.: „Idem Labeo ait: si quaeritur, an memoria extet facto opere, non diem et consulem ad liquidum exquirendum, sed sufficere, si quis sciat factum, hoc est si factum non ambigatur; nec utique necesse esse, superesse qui meminerint, verum etiam, si qui audierint eos, qui memoria tenuerint.“ Noch ausführlicher behandelt er diesen Gegenstand in l. 28 D. 22, 3. Es begreift hiernach die vetustas einen Zustand, welcher seit unvordenklicher Zeit unverändert bestanden hat, und von welchem Niemand weiß oder von Andern gehört hat, wenn er begonnen hat, oder daß er jemals anders gewesen sei. Ueber den Umfang der Zeit, die hierbei als Menschenalter gedacht wird und welche die Zeugen mit ihrer Aussage umfassen müssen, sind die Meinungen getheilt[36]). Die Praxis der sächsischen Gerichte erfordert eine sächsische Frist, also 31 Jahre 6 Wochen und 3 Tage[37]).

Eine andere Ansicht über die vetustas finden wir von Schmidt a. a. O. S. 174 ff. nicht ohne Scharfsinn entwickelt. Nach ihm bezeichnet vetustas die relative, nach den Verhältnissen des einzelnen Falles zu bemessende Qualität des langen Vorhandenseins, und ihr Kern besteht darin, daß jeder faktische Zustand, wenn ihm das Prädikat der vetustas zukommt, als

36) Für 40 Jahre ist Savigny, System B. IV S. 520. Ob bei den Zeugen ein Alter von 54 oder blos 50 Jahren, wofür Savigny sich ausspricht, genügt, eod. loco S. 521. Eben so bestritten ist, ob auch Urkunden und Eidesantrag bei der Beweisführung zulässig sind, ib. S. 523. 524. Nach meiner Ansicht ist das, was Labeo in l. 2 §. 8 h. t. das Objekt des Beweises.

37) Kind, quaest. forens. Tom. III c. 62. Sächs. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. J. 1843 S. 361, J. 1856 S. 124; über den Beweis J. 1849 S. 149. Zeitschrift für Rechtspflege und Verw. in Sachsen, B. 5 S. 298. Wochenbl. 1855, S. 128. Seuffert, Arch. XXII, 11. Arch. f. prakt. Rechtsw. III, 67. Die vetustas soll bestimmen, was inferior sei (?) Seuffert XXVII, 134.

Digitized by Google

ein gesetzlich entstandener betrachtet werden soll und mittelst einer persönlichen Klage aufrecht erhalten werden kann. Es ist nach ihm nicht die Unvordenklichkeit zu beweisen, sondern die Vordenklichkeit, d. h. die widerrechtliche Entstehung des Zustandes.

§. 31.

II. Das zweite Erforderniß der a. pl. a. actio besteht darin, daß eine von Menschenhand bewirkte Veränderung am Grundstück (opus manufactum) den Schaden durch Regenwasser veranlaßt. Ein solches opus macht aber nicht blos derjenige, welcher eine neue Anlage errichtet, etwas Neues überhaupt unternimmt, sondern auch der, welcher ein bereits vorhandenes Werk, mag er auch selbst es errichtet haben, wieder wegnimmt oder zerstört, wenn durch die Wegnahme oder die Zerstörung desselben bewirkt wird, daß das Regenwasser zusammengeleitet oder reißender als früher dem Nachbar zugeführt wird[38]), l. 1 §. 1 h. t. (siehe §. 1 oben), l. 1 §. 15 h. t. si aqua pl. noceat non naturaliter, sed opere facto — l. 3 §. 3 h. t. aquae pl. arc. non nisi eum teneri, qui in suo opus faciat. — Eine nähere Beschreibung, was unter dem opus zu verstehn[39]), ob ein opus solum conjunctum oder opus in solo factum oder etwas Anderes, geben die römischen Juristen nicht, weil selbstverständlich jede Veränderung an Grund und Boden gemeint ist, welche den Lauf und die Einwirkung des Regenwassers beeinflussen kann, mag sie nun eine Veränderung an der Substanz des Bodens selbst sein, oder darin bestehn, daß etwas auf dem Boden errichtet oder auf denselben gebracht

38) l. 1 §. 22 D. h. t. „Plane si propter id opus sublatum vehementior aqua profluat vel corrivetur, aqua pl. arc. actione agi posse, etiam Labeo confitetur.“ Unterholzner a. a. O. S. 198 not. q.

39) Schneider a. a. O. S. 341 ff.

Digitized by Google

wird, was jenen Lauf stören kann, z. B. ein Erdhaufen, ein Damm, eine Weidenpflanzung; nur darf das Aufgebrachte nicht blos zu einem ganz vorübergehenden Zwecke vorhanden sein. Als Beispiele eines opus manufactum führen die Juristen an: wenn Jemand mit dem Pfluge Wasserfurchen zur Ableitung des Wassers zieht, l. 1 §. 9. l. 24 §. 1 D. h. t.; oder einen Graben zu diesem Zwecke gräbt, l. 1 §. 4. l. 24 §. 2 D. eod.; oder wenn er einen Damm errichtet, um das Wasser abzuhalten oder abzulenken l. 1 §. 2 l. 23 §. 2 eod., oder wenn er eine Weidenpflanzung anlegt, welche das Wasser stauen macht, l. 1. §. 6 D. h. t.

Wenn nun ein opus manufactum nicht vorhanden ist, und der Schaden, welchen Regenwasser anrichtet, nicht in einer durch Menschenwerk geschehenen Veränderung an Grundstücken seinen Ursprung findet, sondern lediglich Folge der natürlichen Beschaffenheit der Grundstücke oder anderer natürlicher Ursachen ist, so findet die aquae pluviae actio auf Restitution und Ersatzleistung nicht Statt, und der Beschädigte muß den Schaden als casus fortuitus hinnehmen, l. 1 D. h. t. — Quodsi natura aqua noceat, ea actione non continetur". l. 1 §. 14 eod.: „Huic illud etiam applicandum, nunquam competere hanc actionem, cum ipsius loci natura nocet; nam ut verius quis dixerit, non aqua, sed loci natura, nocet"; — Cicero, Topica cap. 9: ut, aqua pluvia ultimo genere ea est, quae de caelo veniens crescit imbri: sed propriore loco, in quo quasi jus arcendi continetur, genus est aqua pluvia nocens; ejus generis formae, loci vitio, et manu nocens: quarum altera jubetur ab arbitro coerceri, altera non jubetur"[40]).

40) l. 14 §. 1 D. h. t.: „Ideoque si vitio loci pars aliqua soli subsederit, quamvis per eam causam aqua pluvia inferiori noceat, nulla competit actio. Idem fortasse dicetur, si in agro manufactum ali-

Digitized by Google

Nun kommen aber verſchiedene Stellen vor, in denen die aquae pluviae arcendae actio auch zugelaſſen wird, wo nicht durch ein opus manufactum, ſondern durch Naturereigniſſe der Lauf des Regenwaſſers geändert worden iſt; es fragt ſich, wie ſich dies mit dem Ausſpruche der römiſchen Juriſten, daß ein opus manufactum das erſte Erforderniß unſerer Klage ſei, zuſammen reime[41]), ſowie mit dem Satze, daß cum ipsius loci natura nocet die Klage wegfalle. Dieſes Bedenken theilt namentlich Labeo in l. 2 §. 6 h. t.: Labeo contra Namusam probat; ait enim, naturam agri ipsam a se mutari posse, et ideo, quum per se natura agri fuerit mutata (aqua fluens iter suum stercore obstruxit) aequo animo unumquemque ferre debere, sive melior, sive deterior ejus conditio facta sit, idcirco et si terrae motu aut tempestatis magnitudine soli causa mutata sit, neminem cogi posse, ut sinat in pristinam loci conditionem redigi. In Folge dieſes Bedenkens verſagt Labeo auch unſere Klage: si in agro tuo concursus aquarum locum excavavit, l. 2 §. 7. Wir ſehen aus l. 2 §. 6 jedoch, daß Namuſa und Paulus anderer Anſicht waren, und in ſolchen Fällen die Klage auf patientiam praestare zuließen. Sie unterſcheiden einestheils zwiſchen einem naturale vitium loci, welches ein Grundſtück von Natur an ſich trägt, und zwiſchen dem vitium, was erſt durch caſuelle (Natur-) Ereigniſſe herbeigeführt worden iſt[42]), und laſſen im letzteren

---

quid subsederit". Vergl. Unterholzner a. a. O. S. 197 nota 1; Weſtphal a. a. O. §. 446 fügt noch hinzu: aut negligentia possessoris praedii. l. 2 §. 8 h. t.: Labeo ait: si in agro tuo aquarum concursus locum excavavit, a. pl. arc. actione agi non posse tecum a vicinis.

41) Schneider a. a. O. S. 339.

42) Namusa: hanc enim actionem non tantum de operibus utilem esse manu factis, verum etiam in omnibus, quae non secundum voluntatem sint, l. 2 §. 6 h. t.

Digitized by Google

Falle die Klage utiliter zu[43]). So wird auch bei der cautio d. inf. das eigentliche naturale loci vitium unterschieden von dem quod extrinsecus contingit, terrae motu, vi fluminis, aliove casu fortuito, l. 24 §. 2. 3 D. 39, 2. Die a. pl. arc. actio wird also utiliter zu gewähren sein: si concursus aquarum locum excavavit (l. 2 §. 7), si aqua fluens iter suum stercore obstruxerit (l. 2 §. 6), si vi fluminis glarea injecta, aut fossa limo repleta sit (l. 11 §. 6), immer jedoch unter der Voraussetzung, daß dadurch der Regenwasserlauf für den Nachbar schädlich geworden ist, und nur mit der Wirkung des patientiam praestare.

Es kann nicht verkannt werden, daß die aquae pluviae arcendae actio ursprünglich immerdar ein opus manufactum voraussetzte, und daß wir die oben erwähnte Ausdehnung der Klage dem Einflusse der römischen Juristen auf die Rechtsübung und Rechtsbildung zuzuschreiben haben. Dafür liegt der Beweis in der Meinungsverschiedenheit der Juristen, welche nach der l. 2 §. 5. 6 über diesen Punkt, sowie über die Zulässigkeit der Klage bei Schutzanstalten (siehe §. 32. 33) noch obwaltete, und in dem ausdrücklichen Bekenntniß des Paulus: „quanquum tamen deficiat aquae pluviae arcendae actio“ — „haec aequitas suggerit et si jure deficiamur“ — „nos etiam in hunc casum aequitatem admisimus“.

Wir müssen also zwei Arten von Klagen wegen Regenwassers unterscheiden; die eigentliche aquae pluviae arcendae actio, welche immerdar ein opus manufactum voraussetzt, und die abgeleitete Klage, welche auch bei natürlichen Veränderungen an Anlagen und Einrichtungen, die auf das Regenwasser Einfluß haben, Statt findet. Wie sie verschieden sind in Ansehung

43) Schmidt a. a. O. S. 129; weiter auch S. 140.

Digitized by Google

ihrer Voraussetzungen, so unterscheiden sie sich auch in ihren Wirkungen[44]).

§. 32.

Besondere Schwierigkeiten bieten die Stellen dar, welche von der Anwendung der a. pl. a. actio bezüglich der Schutzanstalten gegen das Regenwasser (sive per se sive cum alia mixta sit), also Dämme, Erdaufwürfe u. dgl., und bezüglich der Gräben und Gerinne zur Ableitung des Wassers sprechen.

In Ansehung der Dämme und andern Anstalten zur Abwehr kommen folgende Fragmente in Betracht: l. 1 §. 2 h. t. Neratius scribit: opus, quod quis fecit, ut aquam excluderet, quae exundante palude (Wasserpfütze) in agrum ejus refluere solet, si ea palus aqua pluvia ampliatur, eaque aqua repulsa eo opere agris vicini noceat, a. pl. actione cogetur tollere. Diese Stelle bedarf wohl keines Commentars. Was aber von der Wasserpfütze gilt, muß auch vom flumen gelten; aggeres juxta flumina in privato facti in arbitrium a. pl. arcendae veniunt, etiamsi trans flumen noceant; ita si memoria eorum extet, ot si fieri non debuerunt, l. 23 §. 2 h. t. Voraussetzung ist, wie bei der palus; si aqua pluvia flumen ampliatur eaque aqua repulsa agris nocet, sowie daß der agger weder durch die vetustas geschützt ist, noch auf einer lex colon. beruht. — l. 1 §. 22 h. t.: plane si propter id opus sublatum vehementior aqua profluat vel corrivetur, a. pl. a. actione agi posse etiam Labeo confitetur (obschon er immer stricte interpretirt). Vorangeht der Fall: der Nachbar hat ein opus beseitigt, und in Folge dessen schadet das na-

44) Schon Glück, Komm. B. XXI S. 412 unterscheidet richtig diese beiden Arten der Klage. Vergl. auch Unterholzner a. a. O. S. 197 nota m. Wening-Ingenheim a. a. O. nota o.

Digitized by Google

turaliter abfließende Regenwasser dem inferior ager; Labeo verweigert die Klage[45]), weil Jener nicht verbunden ist, zum Nutzen des Nachbars ein opus zu haben oder zu erhalten. Die angeführten Textesworte veranlassen nun die Frage: läßt Labeo die Klage auch zu, wenn der Zustand, wie er vor dem opus factum bestand, wieder hergestellt worden ist und das Wasser vehementior profluat vel corrivetur? Das kann nicht der Fall sein, weil der Beklagte dann gezwungen würde, den natürlichen Zustand seines Grundstücks, wie er vor dem opus war, zu Gunsten des Nachbars zu verändern, was gegen allgemeine Rechtsgrundsätze anlaufen würde und dem Grundgedanken der a. pl. a. actio völlig fern liegt. Es muß also vorausgesetzt werden, daß nach dem Beseitigen (tollere) des opus eine Veränderung des Grundstücks gegen früher (vor der Errichtung desselben) zurückgeblieben ist, durch welche der heftigere oder zusammengepreßte Lauf des Wassers bedingt wird.

Gegenstand der Erörterung waren bisher Schutzanstalten, welche Jemand auf seinem Eigenthum anlegt, um sich selbst zu schützen. Wir stoßen aber auch auf Anstalten, welche ein fremdes Grundstück schützen sollen. Die Hauptstelle ist l. 1 §. 23 h. t.: Denique ait (Labeo): conditionibus agrorum leges esse dictas, ut quibus agris magna sint flumina, liceat mihi scilicet in agro tuo aggeres vel fossas habere; — si tamen lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere. Sane enim et in servitutibus hoc idem sequimur, ut ubi servitus non invenitur — — ex jure impositam servitutem videatur. Non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in ejus agro muniemus, eritque ista quasi servitus; in quam rem utilem actionem habemus, vel interdictum. l. 2 §. 5 h. t.: Varus ait: aggerem, qui in fundo

45) Nach Bekker, Jahrb. V S. 180 nur die actio directa, nicht die utilis (?).

Digitized by Google

vicini erat, vis aquae dejecit, per quod effectum est, ut a. pl. mihi noceret; Varus ait, si naturalis agger fuit, non posse me vicinum cogere a. pl. a. actione, ut eum reponat vel reponi sinat. Idemque putat, et si manu factus fuit neque memoria ejus extat; quod si extet, putat a. pl. a. actione eum teneri. — Labeo autem, si manufactus sit agger etiamsi memoria ejus non extat, agi posse ut reponatur; nam hac actione neminem cogi posse, ut vicino prosit, sed ne noceat, aut interpellet facientem, quod jure facere possit. — Quamquam tamen deficiat a. pl. a. actio, attamen opinor, utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro ejus, qui factus mihi quidem prodest, ipsi vero nihil nociturus est; haec aequitas suggerit. —

l. 11 §. 6: Trebatius ait, si de eo opere agetur, quod manufactum sit, omnimodo restituendum esse ab eo, cum quo agitur; si vero vi fluminis agger (ſtatt ager, obſchon von keiner Handſchrift beſtätigt, aber doch höchſt wahrſcheinlich)[46] deletus sit, — tunc patientiam duntaxat praestandam.

In der erſten Stelle ſagt Labeo, daß bei Schutzanſtalten die vetustas gleiche Rechtswirkung habe, wie eine lex agrorum. Ulpian fährt fort: auch bei den Servituten wirke die fehlerfreie Ausübung longa consuetudine ein wahres Recht. Das Verhältniß bei dem agger ſei analog einer Servitut[47]; daher

---

46) delere heißt nicht verwüſten, ſondern total vernichten. Kann ein vernichteter ager wieder hergeſtellt werden und wird es einem Nachbar wohl einfallen, eine ſolche Herſtellung zu übernehmen, wenn ſie möglich wäre? —

47) d. h. nur ähnlich, denn es giebt keine actio in rem. ſondern nur eine personalis. Schmidt S. 112—116. S. 121 ff.

Digitized by Google

könne man nicht den Verpflichteten (den Besitzer des agger) zur Wiederherstellung zwingen, sondern nur dazu ihn anhalten, daß er diese (dem quasi Berechtigten) gestatte. Dafür gewährt Labeo eine utilis actio oder ein specielles Interdikt. In der zweiten Stelle rollt sich die allmählige juristische Entwickelung der a. pl. a. actio vor unsern Augen auf: Varus, ein Schüler des Servius Sulpicius, hält sich noch streng an das ursprüngliche Objekt der Klage: Si cui aqua pl. damnum dabit manu facto opere; er verwirft die Klage, wenn der Verfall eines natürlichen Walles Schaden bringt, eben so bei einem künstlichen Damme, wenn man seinen Ursprung nicht kennt. Der Satz, daß die vetustas legis vicem habe, war zu seiner Zeit noch nicht gangbar, folglich konnte ihm auch die Idee einer quasi servitus nicht beigehen, und mithin konnte er auch keinen Grund für eine Verhaftlichkeit des Besitzers finden; es handelte sich nicht um ein op. manufactum als Ursache des Schadens. Wenn aber bekannt und nachweislich, daß der Besitzer oder ein Vorbesitzer den agger errichtet hat, so muß derselbe die Wiederherstellung besorgen, weil der Verfall eines opus manufactum, wenn er dem Nachbar schadet, dem opus facere gleich stehe. Einen Schritt weiter geht schon Labeo; allein Paulus ist auch damit nicht zufrieden. Er gesteht zu, daß die a. pl. a. actio eigentlich in keinem der gedachten Fälle, streng genommen, begründet sei, allein ex aequitate sei eine utilis actio oder ein besonderes Interdikt zu gewähren auf patientiam praestare, wenn der Betheiligte den agger restituiren wolle, sei es ein naturalis oder manufactus, si memoria extet oder non extet[48]). — Da fragt sich aber, kommt denn Paulus nicht mit sich selber in Widerspruch, wenn er die Klage versagt, si vitio loci pars

48) Schmidt S. 138. Voraussetzung ist immer, daß die Herstellung dem beklagten Eigenthümer nicht schade und dem Nachbar nütze, l. 2 §. 5 a. E. Schmidt S. 113.

Digitized by Google

aliqua loci subsedit, und hinzufügt: Idem fortasse dicitur, si in agro manu factum aliquid subsederit? — Nein; denn in der vorigen Stelle handelt es sich um Schutzanstalten gegen das Regenwasser und die actio utilis, in diesem Fragment steht ein gewöhnliches opus in Frage und die Zulässigkeit der direkten Klage. Als ein solches opus, welches nicht zur Abwehr dient, kann z. B. angesehen werden, wenn der Besitzer den tiefer gelegenen Theil seines Grundstücks durch Auffahren von Erde erhöht und eine Rasenböschung anbringt. Dadurch wird die Regenströmung nach dem unteren Grundstück gemildert. Wenn aber die Böschung sammt der Erderhöhung sich (natura loci oder sonst) zusammensetzt und einsinkt, und dadurch dem unteren Nachbar das Regenwasser nun wieder stärker und heftiger zufließt, wie es früher geschah; so ist ihm die direkte a. pl. a. actio zu versagen. Eben so verhält es sich, wenn eine dem unteren Nachbar nützlich gewesene Wasserfurche auf dem oberen Grundstücke verfällt.

§. 33.

Bezüglich der Gräben, als Schutzanstalten gegen das Regenwasser, finden wir in den Quellen folgende Bestimmungen:

a) Gräben, welche zur Leitung des Regenwassers dienen, und publica auctoritate angelegt sind oder deren memoriam vetustas excedit, begründen, auch wenn sie dem einen oder andern Nachbar schaden, die a. pl. a. actio niemals, l. 2 §. 4. l. 23 pr. h. t.

b) Wenn der obere Besitzer das Regenwasser dem untern gegen dessen Willen durch einen Graben zuleitet, oder einen Graben zu einem andern Zwecke macht, der dem Nachbar durch Regenwasser Schaden zufügt, so hat dieser die Klage auf Beseitigung resp. Ausfüllung des Grabens (explere fossam), l. 24 §. 2 h. t. Dagegen apud Atejum relatum est, eam

Digitized by Google

fossam, ex qua ad inferiorem fundum aqua descendit, cogendum esse vicinum purgare, sive extet memoria, sive non; quod et ipse (Paulus) puto probandum. Hier iſt von einem Graben die Rede, welcher zum Schutze des obern und untern Grundſtücks das Regenwaſſer ableitet, und der jure factus est, alſo mit Einwilligung der Betheiligten oder auf richterliche reſp. obrigkeitliche Anordnung.

c) l. 1 §. 23 h. t. ſpricht von den conditionibus agrorum leges dictae, nach welchen liceat mihi scilicet in agro tuo fossas habere (quibus agris magna sint flumina), und davon, daß die vetustas legis vicem habe. Der Beſitzer iſt verbunden, zu dulden, daß der Nachbar den Graben erhalte und reinige, weil er zu ſeinem Schutze dient[49]). — Das iſt eine Erweiterung der urſprünglichen Tendenz der a. pl. a. actio. — Ein anderer Fall bietet ſich dar in l. 2 §. 1: apud Labeonem proponitur fossa vetus esse siccandorum agrorum causa, nec memoriam extare, quando facta est; hanc inferior vicinus non purgabat; sic fiebat, ut ex restagnatione ejus aqua fundo nostro noceret[50]). Die Klage ſoll gegen den inferior gehn auf Reinigen des Grabens oder patientia. Der nächſte Zweck iſt hier nicht die Ableitung des Regenwaſſers, ſondern Trockenlegung (Drainirung) der Grundſtücke (des ager superior et inferior) an naſſen oder ſumpfigen Stellen. Dasſelbe würde der Fall ſein, wenn der Graben auf der Vereinbarung der Beſitzer beruhte. — l. 2 §. 7 h. t. Labeo erzählt hier, daß der concursus aquarum locum excavavit und verſagt die Klage (mit Unrecht); plane si fossam jure factam aut cujus memoria non extat, agi tecum posse a. pl. arcendae,

49) Die ausgehobene Erde gehört dem Beſitzer des Grundſtücks; er kann den Nachbar nicht zwingen, ſie wegzuſchaffen.

50) Schneider S. 359 ff. Schmidt S. 133. Unterholzner S. 197, VI. Ob er künſtlich oder natürlich, iſt gleichgiltig. Seuffert, Arch. IX, 160.

Digitized by Google

ut reficias. Das reficere, Wiederherſtellen des durch den concursus aquarum ausgehöhlten Grabens ſoll nach Schneider's Anſicht den Beſitzer treffen, weil vorauszuſetzen ſei, daß der Graben nur zu ſeinem eignen Nutzen diene und der Nachbar davon keinen Vortheil, ſondern in Folge des Verfalls durch Regenwaſſer nur Schaden erleidet[51]). So müſſe die Stelle im Zuſammenhalt mit den andern Ausſprüchen Labeo's interpretirt werden[52]). — l. 2 §. 2 h. t. ſpricht von einem Graben in confinio zur Regulirung des Regenwaſſers; si vicinus non patiatur purgari eam partem, quae tibi accedit, ſo ſpricht ihm Labeo die a. pl. a. actio zu; (magis te posse agere a. pl. arc. im Hinblick auf die actio communi dividundo oder pro socio). — l. 11 §. 6 h. t. (Trebatius) si vero vi fluminis agger deletus sit, aut glarea injecta, aut fossa limo repleta, tunc patientiam duntaxat praestandam. Hier wird blos der Gegenſatz zwiſchen dem ſchädlichen opus, quod manufactum sit, und der Veränderung durch vis major hervorgehoben; im erſten Falle würde ein restituere erkannt werden müſſen. — Bekker, Jahrb. V. S. 184—188 meint von der oben beſprochenen l. 2 §. 5, der Ausſpruch des Varus (neque memoria ejus extet) verſtoße gegen das Prinzip der vetustas. Dabei hat er ſich nicht vergegenwärtigt, daß dieſes Prinzip jünger iſt, als Varus. Dann bemerkt er, die Anſicht des Paulus vertrage ſich nicht mit l. 14 §. 1 h. t.; den Kompilatoren müßte hier ein Verſehn untergelaufen ſein, und das sed nos etiam in hunc casum aequitatem admisimus ſei wohl ihnen zuzuſchreiben. — Vielleicht ſind dieſe Bedenken und Einwürfe durch die obige Erklärung der betreffenden Stellen beſeitigt worden. Schmidt a. a. O. S. 138 ſetzt überall eine Gewalt der „Regenwaſſerſtrömung" voraus, die das

51) Schneider S. 346.

52) Und mit Paulus l. 1 §. 23 h. t. Sane enim etc.

Digitized by Google

Grundstück zum Nachtheil des Nachbars verändere, was aber wohl nicht in den Stellen indicirt ist. Er will l. 2 §. 7 von einem Graben auf fremdem Grundstücke zum Schutze des Nachbars verstanden wissen, womit sich jedoch das „ut reficias“ nicht vereinigen läßt. Er erklärt dieses aus dem wahrscheinlichen Inhalte der lex agrorum, bekennt aber, daß der weitere Grund, warum einmal ein reficere, das andere Mal ein patientiam praestare auferlegt werde, nicht bekannt sei. — Ich glaube, daß zwischen reficere fossam und zwischen purgare fossam, sowie restituere aggerem zu unterscheiden ist. Bei dem Letztern steht der Inbegriff des Thuns hinsichtlich des Was? und des Wie? von vorn herein schon fest, und die Substanz des Grundstücks wird nicht berührt. Das Eingreifen in die Substanz ist dagegen der Fall bei Herstellung eines ausgehöhlten und verfallenen Grabens, und über die Art und Weise der Herstellung kann nur der Eigenthümer des Grundstücks entscheiden. Wollte man den Eigenthümer zwingen, daß er einem Andern das reficere überlasse, so wäre das ein Eingriff in seine Rechte. Daß der Andere zum reficere nicht berechtigt oder verpflichtet ist, ergiebt sich daraus, daß er kein jus in re an der Sache hat, l. 18 D. 7, 8. — Sicculus Flaccus (apud Goës p. 10) erwähnt noch einen Graben anderer Art, als wir gehabt haben. Nam quidam in extremis finibus in solo suo faciunt fossas et de superioribus vicinisque agris defluentes aquas excipiunt, ne inferiores terrae laborent. Auch hier wird der untere Besitzer bei Schaden durch Regenwasser gegen den Eigenthümer klagen können auf Reinigung des Grabens oder Gestattung der Reinigung, bei Verfall des Grabens auf Herstellung (reficere) oder Zuwerfen.

Den leges agrorum sind jedenfalls gleichzustellen die Bestimmungen über Dämme und Gräben, welche bei Grundstücks-Separationen getroffen werden.

Digitized by Google

§. 34.

III. Ein weiteres Erforderniß der a. pl. a. actio ist: es muß gegründete Besorgniß vorhanden sein, daß Regenwasser in Folge eines opus manufactum oder was dem gleich geachtet wird (actio utilis) dem Grundstücke des Klägers Schaden zufügen werde. Haec actio — locum habet in damno nondum facto, opere tamen facto, ex quo damnum timetur, l. 1 §. 1 h. t. — In hoc judicium, sicut in damni infecti, futurum damnum venit, quum reliquis fere omnibus judiciis praeteritum praestetur[53]), l. 14 §. 2 h. t.

Den Grundgedanken, auf welchem dieses damnum futurum[54]) beruht, haben wir schon an einer früheren Stelle ausgeführt. Das Verhalten oder Thun des Beklagten ist nicht objektiv widerrechtlich; blos der Schaden für den Nachbar macht ihn aus nachbarlicher Rücksicht verhaftlich; — und der Gesetzgeber will hier, — wie bei der cautio damni infecti — daß auch der Bedrohte aufmerksam und sorgfältig sein soll; denn wenn er von der Errichtung des Werkes weiß und sie ruhig und ohne Einspruch geschehen läßt, so verwirkt er durch seine Nachsicht und Nachlässigkeit sogar die sonst ihm gebührende Klage[55]).

Es versteht sich hierbei von selber, daß die Klage auch nach dem Eintritt des Schadens noch erhoben werden kann; nur erlangt der Kläger in solchem Falle blos den Ersatz des nach der Litiskontestation ihm zugefügten Schadens[56]), nicht aber Ersatz der vorhergegangenen Beschädigung.

53) Vgl. l. 24 §. 2 h. t. Unterholzner a. a. O. S. 195. Schneider S. 348 ff.

54) Der Beweis, daß gegründete Besorgniß einer Beschädigung durch Regenwasser in Folge eines opus manufactum vorhanden, wird hauptsächlich durch Sachverständige und Augenscheinseinnahme zu führen sein.

55) l. 19 D. h. t. „Si patiente vicino opus faciam. ex quo ei aqua pluvia noceat, non teneri me actione aquae pluviae arcendae."

56) l. 6 §. 6 D. h. t. „quodsi ante litem contestatam damnum conti-

Digitized by Google

Begründet ist nach den oben citirten Stellen unsere Klage:

1) bei Schaden, welcher von einem Menschenwerke droht, sobald als das Werk geschehn ist, wenn auch noch kein Schaden geschehn (damno nondum facto, opere tamen jam facto), l. 1 §. 1 h. t. — 2) Wenn nicht Menschenwerk sondern Naturwirkungen nachtheilige Veränderungen am Boden erzeugt haben, mit dem Momente, wo die Veränderung geschehn ist); — 3) wo es sich um Erhaltung von Dämmen und Gräben auf fremdem Grund und Boden handelt, sobald diese eine Veränderung erlitten haben, welche einen Schaden durch Regenwasser befürchten läßt[57]), und der Besitzer dem gefährdeten Nachbar die Herstellung oder Reinigung verweigert.

Darüber, welcher Schaden bei dieser Klage in Rechnung gezogen wird und was überhaupt als Schaden anzusehen ist, gelten dieselben Grundsätze, wie bei der cautio damni infecti, d. h. jeder Eigenthümer haftet nur für den wirklichen Schaden (Beschädigung von Sachen) aber auch für die dem Nachbar entgehenden Vortheile, auf welche dieser ein wohlerworbenes Recht hat (lucrum cessans). Als Schaden ist also anzusehen, wenn z. B. das Erdreich weggeführt, die Frucht mit fortgeschwemmt, die Saat verschlämmt, wenn Feuchtigkeit erzeugt wird, welche die Kultur hindert, und dergl. — Niemand ist dagegen für Handlungen verantwortlich, durch welche er dem Nachbar Vortheile entzieht, die dieser bisher nur faktisch genossen, weil der Andere ein ihm zuständiges Recht gar nicht, oder in anderer Weise, als er es vermöge seines Eigenthums ausüben konnte, ausgeübt hat. Das sprechen folgende Stellen aus: l. 1 §. 22 h. t. „Sed si vicinus opus

git, tantum opus restituere debebit, damnum non sarciet.“ Unterholzner a. a. O. S. 196, I.

57) Schmidt a. a. O. S. 156. 157.

Digitized by Google

tollat, et sublato eo aqua naturaliter ad inferiorem agrum perveniens noceat, Labeo existimat, aquae pluviae arcendae agi non posse; semper enim hanc esse servitutem inferiorum praediorum, ut natura profluentem aquam excipiant.“ Die niedriger gelegenen Grundstücke also sind verpflichtet, das von den oberen in natürlicher Weise herabfließende Regenwasser aufzunehmen[58]). Wenn nun der Besitzer eines höher gelegenen Grundstücks Vorkehrungen getroffen hatte, um das Regenwasser ganz abzuwehren, was auch dem niedriger gelegenen Grundstücke Vortheil brachte, und er nimmt später wieder diese Vorkehrungen hinweg, so daß das Regenwasser seinen natürlichen Lauf wieder nach dem tiefer gelegenen Grundstücke nimmt, so hat der Besitzer desselben keine Klage, weil ihm nur ein faktisch genossener, von der Willkür des Nachbars abhängiger Vortheil entzogen wird[59]).

Zu diesen Vortheilen gehört auch der Nutzen, welchen das Regenwasser den Grundstücken etwa bringt. Wenn also der Besitzer eines höher gelegenen Grundstücks Vorkehrungen trifft, daß das Regenwasser nicht mehr abläuft, so findet wegen der den tiefer gelegenen Grundstücken dadurch entzogenen Benutzung des Regenwassers die Klage nicht Statt[60]); l. 1 §. 11 h. t. „Idem ajunt: aquam pluviam in suo retinere, vel superfluentem ex vicinum in suum derivare, dum opus in alieno non fiat, omnibus jus esse; prodesse enim sibi unumquemque, dum alii non noceat[61]), non prohiberi, nec

58) Kompensation des Schadens mit dem Nutzen des Regenwassers l. 1 §. 23 h. t.

59) hanc actionem locum habere, si aqua pl. noceat, non si non prosit. l. 1 §. 21 h. t. — neminem cogi posse, ut vicino prosit, sed ne noceat, l. 2 §. 5 h. t.

60) Schneider a. a. O. S. 352. Unterholzner a. a. O. S. 198, VIII.

61) dum alii non noceat, diese Worte bezeichnen den Schaden, welcher

Digitized by Google

quemquam hoc nomine teneri.“ — l. 1 §. 21 D. h. t. „quaeritur, an possit aquae pluviae arcendae agi, si vicinus opus fecerit, ne aqua, quae alioquin decurrens agro meo proderat, huic prosit? Ofilius igitur et Labeo putant, agi non posse, etiam si intersit mea, ad me aquam pervenire; hanc enim actionem locum habere, si aqua pluvia noceat, non si non prosit. Denſelben Gedanken behandelt l. 2 §. 9 h. t. „Idem Labeo ait: Si vicinus flumen, torrentem averterit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae arcendae non posse; aquam enim arcere hoc esse, curare ne influat. Quae sententia verior est, si modo non hoc animo fecerit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat“ [62]).

Auch dieſes Fragment iſt ſehr verſchieden erklärt worden. Manche verſtehen daſſelbe ſo, daß dem oberen Nachbar die Klage nicht zuſtehe, wenn der untere einen Gießbach von ſeinem Grundſtück abwehre, und kommen dann freilich mit den anderen Grundſätzen der actio aquae pluviae arcendae, namentlich mit l. 1 §. 2 mit l. 23 §. 2 h. t. in's Gedränge. Cujacius [63]) hilft ſich damit, daß er einen Unterſchied machen will, ob ein Grundſtücksbeſitzer blos Regenwaſſer von ſeinem Grundſtücke abhalten will, oder ob ein reißendes Flußwaſſer. Allein, der Fluß ohne Regenwaſſer kommt, wie Schneider

rechtlich erſetzt werden muß, gegenüber den faktiſchen Vortheilen, die ich dem Nachbar entziehen kann, wie z. B. den Genuß des Regenwaſſers. Eine Meinungsverſchiedenheit des Sabinus und Caſſius, wie Schmidt S. 126 meint, liegt nicht vor. Die Florentina lieſt: unusquisque — non perhibetur, was den Zuſammenhang ſtört. Die Lesart im Texte iſt die, welche Haloander hat und der Cod. Rhed.

62) So die Florentina. Die Vulgata hat zwiſchen flumen und torrentem ein vel eingeſchoben. Haloander lieſt flumen torrens. Das vel taugt jedenfalls nichts.

63) Recit. solemn. in lib. Pauli ad edict. p. 666. So auch Weſtphal de serv. et lib. praed. sect. II §. 49.

Digitized by Google

ganz richtig bemerkt hat, bei unserer Klage nicht in Betracht, und an ihn kann füglich Labeo bei der Regenwasserklage nicht gedacht haben; ein mit Regenwasser angeschwellter Fluß aber unterfällt ganz denselben Regeln, wie das Regenwasser an sich. Schneider und Unterholzner[64]) greifen zu der Voraussetzung, daß auf dem höher liegenden Grundstücke zuerst unerlaubte Veränderungen hinsichtlich des Bachs gemacht worden sind, und um sich zu schützen, weise nun der zweite Grundstücksbesitzer das Wasser einem Dritten zu; in diesem Falle könne nicht dieser gegen den zweiten mit der aquae pluviae arcendae actio klagen, sondern müsse die Klage gegen Den richten, der zuerst die unerlaubte Veränderung vorgenommen habe. — Bei dieser Erklärung wird eine Voraussetzung in die Stelle hineingetragen, von welcher diese nicht die geringste Andeutung enthält, und es scheint dabei übersehn zu sein, daß in dem angenommenen Falle dem Dritten bei einem öffentlichen Flusse gegen die Zuweisung des Wassers das Interdictum ne quid in flumine publico D. 43, 13, und bei einem Privatflusse offenbar die Negatorienklage zustehen würde[65]). Jedenfalls ist in der fraglichen Stelle von einem flumen publicum nicht die Rede, denn hinsichtlich Dieses gilt als Grundsatz: „fluminis naturalem cursum opere manufacto alio non licet avertere", c. 1 Cod. 7, 41; — „Plerosque scio prorsus flu-

64) Schneider a. a. O. S. 335. Unterholzner a. a. O. S. 198 not. 5. Aehnlich auch Donell, comm. XV cap. 48 §. 5. 6.

65) Siehe Unterholzner a. a. O. S. 196, II. Auch verstößt diese Ansicht gegen l. 6 pr. D. h. t. „Si tertius vicinus opus fecerit, unde decurrens aqua per fundum primi vicini mei mihi nocet, Sabinus ait, posse me vel cum primo vel cum tertio, omisso primo, agere; quae sententia vera est", sowie gegen l. 1 §. 18 D. h. t. „Nam et si publico oriens vel ex loco sacro per fundum vicini descendat, isque opere facto in meum fundum avertat, aquae pluviae arcendae teneri eum, Labeo ait."

Digitized by Google

mina avertisse, alveosque mutasse, dum praediis suis consulunt; oportet enim in hujusmodi rebus utilitatem et tutelam facientis spectari sine injuria utique accolarum", l. 1 §. 6. 7 D. 43, 13. Bei den öffentlichen Flüssen war das Wasser dem öffentlichen Gebrauche offen, folglich geschah jedem Angrenzer Unrecht, wenn es ihm entzogen oder in schädlicher Weise zugewiesen wurde. Es kann in obiger Stelle demnach nur ein Privatfluß gemeint sein, von welchem das römische Recht sagt, nihil differt a ceteris locis privatis, et quod fit in privato flumine, perinde est, atque si in alio privato loco fiat; l. 1 §. 4. §. 10 D. 43, 12[66]). Hier hatte der untere Anlieger kein jus quaesitum auf das Wasser, und dem oberen Anlieger war erlaubt, es abzuleiten und zu seinem Nutzen zu verwenden. Ganz dasselbe Recht finden wir bei Quellwasser. Das Wasser, welches in dem Nachbargrundstücke hervorbricht, aber durch Adern gespeist wird, die in meinem Grundstück ihren Anfang nehmen, oder durchgehn, kann ich dem Nachbar abschneiden und in meinem Nutzen verwenden; l. 1 §. 12 D. h. t.: „Cum eo, qui in fundo suo fodiens vicini fontem averterit, nihil posse agi." l. 21 eod.: „Si in meo fundo aqua erumpat, quae ex fundo tuo venas habeat, si eas venas incideris et ob id desierit ad me aqua pervenire, tu non videris vim fecisse, si nulla servitus mihi eo nomine debita fuerit, nec interdicto quod vi aut clam teneris", l. 24 §. 12. l. 26 D. 39, 2.

Diese Fälle, welche auf die aquae pluviae arcendae actio gar keine direkte Beziehung haben, sind von den Kompilatoren und resp. den römischen Juristen bei der Lehre von der aquae pluviae actio lediglich darum erwähnt und zusammengestellt worden, um recht anschaulich zu machen, was eigentlich

66) Vergl. hierüber §. 66 unten, flumen privatum ist, quod non perenne fluit.

Digitized by Google

bei jener Klage Gegenstand derselben ist, und um auszuführen, daß überall der Verlust von Vortheilen, welche man blos zufällig und faktisch ohne jus quaesitum genossen hat (quae ex meo ad te nullo jure defluebant")[67] die Klage nicht begründet[68]. Wie bei dem Quellwasser, so bei dem Regenwasser; und wie bei diesem, so bei dem Wasser in dem römischen flumen privatum oder torrens, der aus Quell-, Regen- und Schneewasser besteht. Wenn der obere Anlieger es ableitet, um sein Grundstück zu schützen oder zu wässern, so daß es nun nicht mehr zu dem unteren Anlieger kommt, und diesem dadurch geschadet wird (durch Verlust der Wassernutzung); so steht dem Letzteren keine Klage gegen den Ersteren zu, weil dieser suo jure gehandelt und jenem blos einen faktisch genossenen Vortheil entzogen hat. Dies ist nach m. A. die Bedeutung der l. 2 §. 9 D. h. t.[69]. Ueber flumen avertere in dem Sinne: den Bach ableiten, abschneiden, so daß er nicht zu dem tiefer gelegenen Nachbar mehr fließt, können wir nicht in Zweifel sein, wenn wir das fontem avertere[70] in l. 1 §. 12 mit der Umschreibung in l. 21 venas incidere, ut ob id desierit ad me aqua pervenire vergleichen, und jener Gradation Ciceros (de natura deorum II, 60) gedenken: „nos

---

67) l. 2 §. 13 D. 43. 8.

68) Daß dieses der Zweck ist, warum die Juristen das Abschneiden des Wassers anführen, erhellt deutlich aus der Verbindung zwischen §. 11 und 12 in l. 1 D. h. t.

69) So auch Maranus, Paratitla Dig. ad hunc tit. pag. 444. Curtius, sächs. Civilrecht §. 215 nota a. Günther, quaest. de jure aquarum Sp. II, III, IV. Voet, ad h. t. §. 4.

70) Reinhardt, Archiv f. civ. Prax. Bd. 30 S. 238. Daß namentlich das fontem avertere in l. 2 §. 12 D. h. t. mit dem flumen avertere in l. 2 §. 9 gleiche Bedeutung habe, ergiebt sich aus der Beschränkung, welche in beiden Stellen hinzugefügt wird, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit. Vergl. noch l. 1 §. 7 D. 43, 13: „eaque res cursum fluminis in aliquid mutaverit" — und die Bemerkung „plerosque scio prorsus flumina avertisse". —

Digitized by Google

aquarum inductionibus terris fecunditatem damus; nos flumina arcemus, dirigimus, avertimus."

Gegen dieſe Erklärung der Stelle wendet Schneider zwar ein, das „ut vicino noceatur" könne nicht auf den bloßen Verluſt faktiſcher Vortheile bezogen werden, denn dieſe Wirkung bezeichne Labeo in l. 1 §. 21 h. t. im Gegenſatze zu „noceat", mit „non prosit" —; allein noceri bezeichnet eben ſo, wie damnum facere oder pati im Allgemeinen jeden Verluſt, auch den nicht zu erſetzenden Verluſt von Vortheilen und Bequemlichkeiten[71]); dies ergiebt ſich klar aus l. 25 D. 39, 2, verglichen mit l. 2 §. 2, 11 ff. D. 43, 8. Am häufigſten kommt es allerdings in der engern Bedeutung vor, die ihm Schneider giebt; in jener weitern aber wird es nochmals in l. 3 §. 2 D. h. t. gebraucht, nach welcher dadurch, daß der eine Nachbar ſeinen Acker in Wieſe verwandelt und dieſe öfter bewäſſert, als vorher den Acker, dem andern Nachbar Schaden zugefügt wird, (coeperit vicino nocere). Hier iſt ebenfalls nicht von Zufügung eines wirklichen, erſetzbaren Schadens die Rede, ſondern von Entziehung des Vortheils, den der Nachbar zufällig davon gehabt hat, daß der Erſtere ſein Grundſtück als Ackerland, und nicht als Wieſe, benutzt hat. Für die von uns gegebene Erklärung ſpricht endlich das Motiv, welches der Juriſt Labeo in der Stelle ſelbſt anführt: aquam enim arcere hoc esse, curare ne influat. Dies aquam arcere weiſt offenbar auf den Namen und die Intention der aquae pluviae arcendae actio hin, und jenes Motiv ſoll bedeuten: Der Nachbar, cui nocetur, habe die aquae pluviae arcendae actio darum nicht, weil aquam arcere (die Intention der Klage) darauf gehe, ſchadendrohendes Regenwaſſer von ſich abzuhalten (curare ne influat);

71) Auch ſagt Labeo nicht ut vicino aqua noceat, ſondern ut noceatur vicino, wie Schmidt a. a. O. S. 144 treffend bemerkt, der obige Stelle ebenfalls in unſerem Sinne interpretirt.

Digitized by Google

im Fragefalle aber das Waſſer ihm nicht zufließe, ſondern vorenthalten werde (avertere aquam), folglich der Zweck der Klage, Waſſer abzuhalten, hier nicht Platz greife. Die Befugniß des Eigenthümers aber, das Regenwaſſer für ſich zurückzuhalten, oder dem Nachbar das flumen privatum zu entziehen, ſcheint nach einer Bemerkung des Aggenus Urbicus (Goeſius S. 74) ein ſpezifiſch römiſches Recht geweſen zu ſein. Denn er ſagt: „In Italia autem et quibusdam provinciis non exigua injuria, si in alienum agrum immittas, in provincia autem Africa, si transire non patiaris“. Dieſe Bemerkung wird indirekt wenigſtens unterſtützt durch l. 14 §. 3 D. 43, 1: „Quidam libertis suis ut alimenta, ita aquam quoque per fideicommissum reliquerat. Consulebar de fideicommisso quum in ea regione Africae vel forte Aegypti res agi proponeretur, ubi aqua venalis est“.

§. 35.

Es iſt ferner jedem Eigenthümer geſtattet, die Kulturart ſeines Grundſtücks zu ändern, auch wenn dadurch dem Nachbar vom Regenwaſſer Nachtheile zugefügt (d. h. faktiſch bisher genoſſene Vortheile entzogen) werden. Jener kann daher ſein Feld in Wieſe verwandeln, obſchon durch die häufigere Wäſſerung der Wieſe dem Nachbar mehr Feuchtigkeit zugeführt wird. Erſt dann, wenn jener an der Oberfläche der Erde, an dem Terrain, Veränderungen gemacht und dadurch dem Regenwaſſer einen größeren, reißenderen Fall gegeben hat, wird für den gefährdeten Nachbar die aquae pluviae arcendae actio begründet, l. 3 §. 2 h. t. Eben ſo iſt der Eigenthümer befugt, ſeine Wieſe in Feld zu verwandeln, und kann ſeine Ackerfurchen ziehen, in welcher Richtung er will, ſelbſt in gerader Richtung nach des Nachbars Grundſtück hin, l. 24 pr. D. h. t., auch ſonſtige Meliorationen vornehmen, wenn damit nicht die am Schluſſe

Digitized by Google

der l. 1 §. 1 h. t. erwähnten Veränderungen zum Schaden des Nachbars verknüpft sind.

Ueberhaupt kann er alle Arbeiten und Vorrichtungen vornehmen, welche die Bebauung und Bestellung[72]) des Grundstücks (agri colendi causa) zum Zwecke der Fruchterzeugung erfordern. Die daraus dem Nachbar entspringenden Nachtheile muß derselbe sich gefallen lassen. Sie werden als Verlust von zufällig genossenen Vortheilen betrachtet. Wollte man weiter gehen, so würde man nicht nur den Hauptinhalt des Eigenthums, die Freiheit der Disposition, vernichten, sondern auch der Landwirthschaft einen beinahe tödtlichen Streich versetzen. Es kann daher jeder Eigenthümer seinen Acker pflügen, wie er will, und der Nachbar muß sich das ihm so zugeführte Wasser gefallen lassen; er kann die Ackerfurchen gerade ziehen, oder schräg oder querüber; l. 1 §. 7 D. h. t.: „Labeo etiam scribit: ea, quaecunque frugum fructuumque recipiendorum causa fiunt, extra hanc esse causam, neque referre, quorum fructuum percipiendorum causa id opus fiat", — l. 1 §. 8 D. eod.: „Item Sabinus et Cassius opus manu factum in hanc actionem venire ajunt, nisi si quid agri colendi causa fiat", — l. 1 §. 15 ib.: si aqua pluvia noceat non naturaliter, sed opere facto, nisi si agri colendi causa id factum sit", (Ulpian.) — l. 24 pr. D. h. t. (Alfenus) Vicinus loci superioris pratum ita arabat, ut per sulcos itemque porcas[73]) aqua ad inferiorem veniret. Quaesitum est: an per arbitrum aquae pluviae arcendae

---

72) Schmidt a. a. O. S. 135.

73) porcae sind die gradlinigen Erderhöhungen, welche die Wände der Furche bilden. Varro, L. L. 4, 4 de re rust. 1, 29. Columella, 11, 3. Falsch scheint mir die Erklärung des Festus: porcae appellantur rari sulci, qui ducuntur aquae derivandae causa. Das wären die zwischen jedem Beete befindlichen größeren Furchen, (Beet- oder ausgestrichene F.)

Digitized by Google

possit cogi, ut in alteram partem araret, ne sulci in agrum ejus spectarent? Respondit: non posse eum facere, quominus agrum vicinus, quemadmodum vellet, araret.“

Dies Alles ist aber nur von den Anstalten und Vorrichtungen zu verstehen, welche zur Erzeugung der Früchte nothwendig sind; solche aber, welche weiter gehen, und eine Verbesserung des Ackers bezwecken, sind nur dann von der aquae pluviae arcendae actio ausgeschlossen, wenn sie dem Nachbar keinen Schaden bringen; l. 1 §. 4 D. h. t.: „Sed et fossas agrorum siccandorum causa factas, Mucius ait, fundi colendi causa fieri, non tamen oportere derivandae aquae causa (wodurch es dem Nachbar zugewiesen wird) fieri; sic enim debere quem meliorem agrum suum facere, ne vicini deteriorem faciat“. Damit ist der vorhergehende Paragraph in Verbindung zu bringen: „De eo opere, quod agri colendi causa aratro factum sit, Quintus Mucius ait, non competere hanc actionem; Trebatius autem non quod agri, sed quod frumenti[74]) duntaxat quaerendi causa aratro factum sit, solum excepit“. Es ist nicht wahrscheinlich, daß Trebatius die Ansicht des Mucius auf die Erzeugung von Getreide habe einschränken wollen, sondern er will sagen: nicht Alles, was agri causa geschehe, sei erlaubt, denn dahin gehören auch die Verbesserungsversuche, sondern nur Das, was zur Fruchtgewinnung allezeit erforderlich sei. Auf dem aratrum liegt kein Gewicht.

Außer diesen gewöhnlichen, zur Bestellung der Felder nothwendigen Furchen, pflegen aber bekanntlich die Oekonomen noch

74) Frumentum nach Varro, re rust. 1, 48: in segetibus, quod culmus extulit; nach Ulpian l. 77 D. 50, 16 quod arista in se teneat. Plinius 18, 7, 9 theilt die Früchte ein in frumenta et legumina. So auch Columella, de re rust. II, 6, 7. — Vergl. Schneider a. a. O. S. 359. Schäffer a. a. O. S. 35 ff.

Digitized by Google

andere Furchen mit dem Pfluge zu ziehen, welche lediglich zur Ableitung des Waſſers beſtimmt ſind und meiſtens ſchräg über oder querfeldein (sulci transversi) gezogen werden. Von dieſen gilt wieder die Regel, daß ſie, ſo wie ſie hergebracht und herkömmlich, gezogen werden, aber nicht zum Nachtheile der Nachbarn verändert, auch wenn ſie noch nicht vorhanden geweſen, zum Nachtheile der Nachbarn nicht neu angelegt werden dürfen. Dieſe Waſſerfurchen waren ſchon bei den Römern gebräuchlich, ſie werden sulci aquarii, elices[75]), sulci transversi aquarii genannt, l. 1 §. 5 §. 9. l. 24 §. 1 h. t.: Sed si quos sulcos transversos aquarios faceret, per quos in ejus agrum aqua defluereet, hosce ut operiret, per arbitrum a. pl. arc. posse cogere.

Nur dann wird dem Grundſtückseigenthümer ausnahmsweiſe geſtattet, ſolche Waſſerfurchen anzulegen, wenn er ohne ſolche an der Kultur des Ackers behindert wäre, wenn dieſer alſo ſo feucht und naß bliebe, daß er nicht ſäen könnte; l. 1 §. 5: „quod aliter serere non possit, nisi sulcos aquarios fecerit, non teneri.“ Auf Drainage-Anlagen kann dies nicht ausgedehnt werden.

Von den Gräben zur Trockenlegung des Grundſtücks iſt oben ſchon geſprochen worden.

In den Fällen jedoch, in welchen dem Nachbar ein bisher

---

75) Im Griechiſchen bedeutet ἕλικες etwas anders, und Halsander ſchlägt nicht ohne Grund vor, ὑδραυλακες zu leſen; richtiger iſt, das Wort lateiniſch zu ſchreiben. Festus und Columella ſchreiben elices und ſagen: sunt sulci aquarii, per quos aqua collecta educitur e liris (die größeren Beetfurchen). Columella de re rust. II, 8: Cavendum est, ut patentes liras crebrosque sulcos aquarios, quas nonnulli elices vocant, faciamus et omnem humorem in colliquias (Waſſer- und Erdfänge) atque inde extra segetes derivemus. — Zeitſchr. für Rechtspfl. in Sachſen. N. F. B. 55, S. 441. Wochenbl. 1849, S. 235. Unrichtig Arch. für prakt. Rsw. III, 65.

Digitized by Google

von ihm faktisch genossener Vortheil (fontem und flumen avertere) ohne Verbindlichkeit zu Schadensersatz entzogen werden darf, fügen die römischen Juristen noch eine Beschränkung hinzu, nämlich, daß dies Verfahren dem Eigenthümer nur dann erlaubt sei, wenn er es einschlägt, um sich selbst einen Vortheil zu verschaffen und nicht blos in der Absicht, um dem Nachbar zu schaden, z. B. l. 1 §. 12 h. t.: „Nec de dolo actio est; et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed agrum suum meliorem faciendi causa id fecit", — ferner l. 2 §. 9 D. h. t.: „Quae sententia verior est, si modo non hoc animo fecerit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat". Es muß festgehalten werden, daß die römischen Juristen jenen Rechtssatz nur bei dem durch die aequitas beherrschten und geregelten nachbarlichen Verhältniß ausgesprochen haben, und daß auf Seiten des Eigenthümers, qui jure suo utitur, nur dann ein animus, vicino nocendi angenommen werden darf, wenn sich gar kein vernünftiger Zweck für sein Gebahren (Nutzen oder Annehmlichkeit für sein Grundstück) mehr herausfinden läßt, daß dagegen unter dem nocere vicino nicht die Entziehung von bloßen Annehmlichkeiten, sondern der Verlust reeller Vortheile, welche auf Benutzung des Grundstücks und dessen Werth von erheblichem Einflusse sind, zu verstehen sein dürfte, und endlich, daß in zweifelhaften Fällen die Präsumtion immer für die Freiheit des Eigenthümers streiten dürfte.

§. 36.

Der Schaden nun, welcher die aquae pluviae arcendae actio begründen soll, muß ferner dadurch vom Regenwasser herbeigeführt werden, daß der Lauf desselben, wie er entweder durch gesetzliche oder unvordenkliche Einrichtungen geregelt worden, oder nach der Natur des Terrains von selbst sich bildet, also der natürliche Ablauf geändert wird. Dagegen ist diese Klage

Digitized by Google

nicht für den Fall berechnet, daß einem Nachbargrundstücke, über welches Regenwasser noch gar nicht geflossen ist, solches durch ein opus manufactum erst zugewiesen wird (immittitur).

Wenn daher Schneider sagt[76]): Ganz gleichgiltig ist es, ob der Schaden sich dadurch ereignet, daß durch das opus Wasser, was sonst gar nicht auf ein Grundstück geflossen sein würde, dorthin geleitet wird, oder ob die Anlage nur Ursache ist, daß Regenwasser, von dem auch außerdem ein Grundstück nicht verschont geblieben wäre, auf einer andern Stelle oder in größerer Menge oder mit größerer Heftigkeit in dasselbe geflossen ist, als dies der Fall sein würde, wenn der natürliche Lauf des Wassers nicht gestört wäre; — so dürfte der erste Satz dieser Behauptung nicht ganz richtig und geeignet erscheinen, die Grenzen unserer Klage und die Merkmale, welche sie von der Negatorienklage[77]) unterscheiden, zu verwischen.

Zwar hat unsere Klage ihren Namen von aquam arcere und Labeo erklärt dies durch curare, ne influat; indessen dürfte diese Bedeutung nicht so allgemein hier zu nehmen sein. Nach andern Stellen setzt die aquae pluviae arcendae actio unzweifelhaft voraus, daß zwar Regenwasser von dem Nachbargrundstücke auf unsere Grundstücke im natürlichen Laufe fließen könne und werde, daß jedoch der Nachbar Vorkehrungen gemacht hat, durch welche es in anderer Weise, also stärker, reißender u. s. w. uns zugeführt wird, quum quis manu fecerit, quo aliter flueret, quam natura soleret und ne aliter aquam mittat, quam fluere natura solet. Der Nachbar begeht hier nicht eine an sich schon widerrechtliche Handlung, sondern seine Thätigkeit nimmt erst dann den Charakter des Unerlaubten an und macht ihn verhaftlich, wenn sie interpellirt worden, und geeignet ist, dem Nachbar einen Schaden zuzufügen, der mit der

76) Zeitschrift B. V S. 348.
77) Siehe unten §. 57.

Digitized by Google

bei Nachbarn nothwendigen gegenseitigen Rücksichtnahme (aequitas) nicht vereinbar ist.

Auch findet sich in dem ganzen Titel 39, 3 keine Stelle, in welcher unsere Klage bei einer widerrechtlichen Zuweisung von Wasser dahin, wo noch keins überhaupt geflossen, von den Juristen angewendet würde[78]). Im Gegentheil setzt Ulpian den Hauptzweck der Klage darein, ne aliter vicinus aquam mittat, quam fluere natura solebat; l. 1 §. 13: „inferiori adversum superiorem actionem competere, ne aliter aquam mittat, quam natura fluere solet" — und in l. 1 §. 1 eod. erläutert er das aliter fluere, quam natura solebat, damit: „si forte immittendo eam aut majorem fecerit, aut citatiorem, aut vehementiorem, aut si comprimendo redundare effecerit"[79]). Einen Zweifel könnte etwa l. 1 §. 10 h. t. erregen: „quodsi opere facto aqua aut in superiorem partem repellatur, aut in inferiorem derivetur, aquae pluviae arcendae actionem competere". Allein es erhellt alsbald aus dem Zusammenhange, daß das derivare nicht gleichbedeutend ist mit immittere aquam, sondern solche opera facta bezeichnet, welche dem natürlichen Ablaufe des Regenwassers einen künstlichen durch Furchen, Gräben und dgl. substituiren, l. 1 §. 4 und l. 1 §. 13 h. t.

---

78) l. 11 §. 5 D. h. t: „Si ex privato agro in agrum communem aqua immittatur, Ofilius ait, socium cum eo agere posse", ist durch l. 1 §. 1 h. t. zu interpretiren: „si immittendo eam majorem fecerit". In l. 1 §. 2 und in l. 23 §. 2 ist nicht von Immission die Rede, sondern es wird nur gesagt: „si aqua noceat". Statt cum eo ist in l. 11 §. 5 jedenfalls cum socio zu lesen. — Vergl. noch Unterholzner a. a. O. S. 194, 195.

79) Es geht hier das aliter fluere also weiter, als bei dem Interdikt in l. 1 §. 8 D. 43, 13: „Quod autem ait: aliter fluat, non ad quantitatem aquae fluentis pertinet, sed ad modum et ad rigorem cursus referendum est; — dum vel depressior vel altior fiat aqua et per hoc rapidior fit cum incommodo accolentium".

Digitized by Google

Es soll jedoch damit nicht gesagt sein, daß die aquae pluviae arcendae actio bei einer an sich rechtswidrigen Immission von Regenwasser nicht erhoben werden dürfe. Das wird darum nicht in Abrede gestellt, weil der, welchem das Mehr gebührt (die negatoria mit vollem Schadensersatz), offenbar auch zu dem Weniger (aquae pluviae arcendae actio mit Schadensersatz von der Litiskontestation ab) berechtigt erscheint. Aber berechnet ist die Klage nicht für den Fall gewesen, daß Jemand Regenwasser dahin leitet, wohin es im natürlichen Laufe nicht gekommen sein würde.

§. 37.

IV. Ein ganz eigenthümliches Erforderniß unserer Klage besteht endlich darin, daß beide in Frage kommenden Grundstücke, also nicht nur dasjenige, auf welchem das opus manufactum sich befindet, sondern auch dasjenige, welchem ein Schaden bevorsteht, im Privateigenthume sich befinden müssen, und daß insbesondere das letztere auch ein ager sein muß[80]).

Schneider (a. a. O. S. 356) erklärt diese Eigenthümlichkeit also: „da unsere Klage nur gegen den dominus geht, so muß sie nothwendig wegfallen, wenn die Anlage in loco publico gemacht ist, weil die res publicae nicht in commercio sind". Man kann jedoch diese Erklärung nicht für genügend erachten; ist ja doch die Klage auch bei Vectigaläckern gestattet und geht utiliter auch gegen den Usufruktuar. Und man darf dann wohl weiter fragen, wie es kommt, daß sie nur gegen den dominus geht.

Ich möchte den Grund dieser Eigenthümlichkeit darin fin-

80) l. 18 D. h. t.: „Si in publico opus factum est, quo aqua pluvia noceret, agi non potest". l 8 §. 8 D. h. t. Dies ist bei der Negatorienklage wahrscheinlich auch die Regel gewesen, l. 17 §. 2 D. 8, 5; anders verhält es sich mit der cautio d. inf.

Digitized by Google

den, daß von einem Nachbarverhältniß, auf welchem die Klage basirt, nur zwischen Privateigenthümern eigentlich die Rede sein kann[81]).

Die aquae pluviae arcendae actio hat also nicht Statt, wenn eine Anlage in loco publico gemacht wird, welche einem Privatgrundstücke durch Regenwasser Schaden zufügt; der Besitzer des letztern kann sich in diesem Falle nur des Interdictum ne quid in loco publico etc. oder der cautio damni infecti bedienen; l. 3 §. 3 D. h. t.: „Aquae pluviae arcendae non nisi eum teneri, qui in suo opus faciat, receptum est, eoque jure utimur. Quare si quis in publico opus faciat, haec actio cessat, sibique imputare debet is, qui damni infecti cautione sibi non prospexit". Eben so wenig findet unsere Klage Anwendung, wenn einem locus publicus, z. B. einem öffentlichen Wege, durch Regenwasser in Folge eines opus manufactum Schaden zugefügt wird. In diesen Fällen kann nur durch das obengenannte Interdikt Abhilfe geschafft werden; l. 2 §. 2, 10, 13, 26, 27, 28 D. 43, 8.

Eine Ausnahme von der erörterten Regel ist in l. 4 pr. D. h. t. enthalten. „Quanquam autem cum domino operis tantum aquae pluviae arcendae actio sit, tamen Labeo scribit, si quis sepulcrum aedificaverit, ex quo aqua noceat, etiamsi operis dominus esse desierit, loco facto religioso, attamen magis probandum est inquit, aquae pluviae arcendae eum teneri; fuit enim dominus, quum opus faceret; et si jussu judicis compulsus opus restituerit, non esse sepulcri violati actionem." Aus der Einleitung des Fragments erhellt, daß es sich hier um eine Ausnahme von der Regel, man kann sagen: um eine Anomalie handelt, und es

81) Schmidt a. a. O. S. 108, 109 will die Klage auch bei dem ager occupatorius zulassen.

Digitized by Google

wird die Klage in dem gegebenen Falle nur darum zugelassen, weil sonst der bedrohte Nachbar ganz ohne Rechtsschutz bleiben müßte, da hier nicht, wie bei Veräußerungsfällen, an Stelle desjenigen, der aufhört, Eigenthümer zu sein, ein anderer Eigenthümer tritt, welcher mit unserer Klage belangt werden kann. Unstatthaft erscheint es aber ohne Zweifel, wenn man diese Anomalie als Argument benutzt hat[82]), um zu deduziren, daß heutigen Tages die Klage gegen jeden Unternehmer, er möge Eigenthümer des Grundstücks sein oder nicht, auf Beseitigung der Anlage erhoben werden könne.

Darauf aber, wo das Regenwasser, welches schadet, herkommt, ob aus einem Privatgrundstücke, oder von einem öffentlichen Platze, kommt nichts an; l. 1 §. 18 D. h. t.: „nec illud quaeramus, unde oriatur; nam et si publico oriens vel ex loco sacro per fundum vicini descendat, isque opere facto in meum fundum eam avertat, aquae pluviae arcendae teneri eum Labeo ait". Auch wird die Klage nicht durch den Umstand ausgeschlossen, daß zwischen dem Grundstücke mit dem opus manufactum und dem bedrohten Privatgrundstücke ein öffentlicher Platz oder Weg in Mitten liegt; l. 18 D. h. t.: „interveniente loco publico agi poterit." —

Weiter aber wird zur Begründung unserer Klage erfordert, daß das Regenwasser einem ager Schaden bringe; l. 1 §. 17 h. t.: „Item sciendum est, hanc actionem non alias locum habere, quam si aqua pluvia agro noceat. Ceterum si aedificio vel oppido noceat, cessat actio ista; agi autem ita poterit, jus non esse stillicidia vel flumina immittere". — Das nähere Verständniß dieser Beschränkung vermittelt uns Cicero, Top. cap. 4 und 10: „Quod in majore valet, valeat in minore: ut, si in urbe fines non reguntur, nec aqua in

82) Wochenblatt für merkw. Rechtsf. in Sachsen J. 1849, S. 234.

Digitized by Google

urbe arceatur"; und: „Quem ad modum si in urbe de finibus controversia est, quia fines magis agrorum esse videntur, quam urbis, finibus regundorum adigere arbitrum non possis; sic, si aqua pluvia in urbe nocet, quoniam res tota magis agrorum est, aquae pluviae arcendae adigere non possis arbitrum"[83]).

Wir dürfen wohl annehmen, daß die Vergleichung, welche Cicero hier vornimmt, den Juriſten ſeiner Zeit entlehnt worden iſt, und wir dürfen weiter die finium regundorum wohl hier benutzen, um den Grund kennen zu lernen, warum in urbe beide Klagen nicht Anwendung finden. Da ſagt denn Paulus in l. 4 §. 10 D. fin. reg.: „Hoc judicium locum habet in confinio praediorum rusticorum. In urbanorum displicuit, neque enim confines hi, sed magis vicini dicuntur, et ex communibus parietibus plerumque disterminantur. Et ideo, et si in agris aedificia juncta sint, locus huic actioni non erit. Et in urbe hortorum latitudo contingere potest, ut etiam finium regundorum agi possit".

Es ſind alſo die Gebäude mit ihren Wänden und Mauern, welche bei der actio finium regundorum das confinium, wie bei der aquae pluviae actio das „natura fluere" meiſtentheils ausſchließen.

Ager bildet alſo zunächſt den Gegenſatz zu urbs und oppidum[84]), in der Bedeutung von „Land" (rus); es wird ihm aber weiter auch aedificium entgegengeſetzt, und dadurch an die Definition in l. 211 D. 50, 16 erinnert: „locus sine aedificio

---

83) Dieſelbe Zuſammenſtellung beider Klagen finden wir in l. 5 §. 3 D. 47, 7: „Qui autem fundum vectigalem habet, hanc actionem habet, sicut aquae pluviae arcendae actionem et finium regundorum".

84) „Oppidum ab ope dictum, quod munitur opis causa, ubi sint; et quod opus est ad vitam gerendam, ubi habitent tuto: vel oppida, quod opere munibant moenia, quo munitius essent." Varro, L. L. 4, 32.

Digitized by Google

in urbe area, in rure ager appellatur", so daß also ager jedes auf dem Lande gelegene Grundstück ohne Gebäude, also Wiesen, Aecker, Waldungen, Weinberge, Gärten u. s. w. bedeutet[85]). Man muß jedoch Schmidt beistimmen, wenn er a. a. O. S. 108 die Ansicht aufstellt, daß die Klage zulässig sei, wenn einem ager, auf welchem sich ein Gebäude befindet, geschadet werde; aber auch wenn durch ein Gebäude in agro der Regenwasserlauf verändert wird. Dafür spricht l. 4 pr. D. finium reg.: „Haec actio pertinet ad praedia rustica, quamvis aedificia interveniant"; aber auch l. 1 §. 19 D. 39, 3: „Si aqua ex aedificio urbano noceat vel agro vel aedificio rustico" scheint darauf hinzudeuten, weil Cassius in dieser Stelle die Anwendung der Negatorienklage nur darauf gründet, daß das Wasser ex aedificio urbano kommt, und man deshalb schließen darf, daß er unsere Klage zuläßt, wenn einem agro oder aedificio rustico durch Regenwasser geschadet wird, welches von einem agro oder aedificio rustico herbeifließt.

§. 38.

Wenn nun aber in Städten, Dörfern und andern Ortschaften die aquae pluviae actio ausgeschlossen ist[86]) und wir auf die Negatorienklage verwiesen sind, wenn ferner hierzu in l. 1 §. 17 D. h. t. Labeo und Cassellius die Bemerkung machen: aquae quidem pluviae arcendae actionem specialem esse, de fluminibus et stillicidiis generalem et ubique agi ea licere — so fragen wir wohl, welche Grundsätze gelten über das Regenwasser, da, wo unsere Klage nicht anwendbar ist? Wechseln die Klagen nur den

85) Unterholzner a. a. O. S. 196 IV. Schneider a. a. O. S. 358 übersetzen den ager mit „landwirthschaftliches Grundstück".

86) Wochenblatt 1870, S. 117. Seuffert, Arch. VII, 47. X, 259, 265.

Digitized by Google

Namen nach den Objekten der Beschädigung, oder treten ganz andere Grundsätze ein?

Nach Dem, was wir über das Prinzip, auf welchem die aquae pluviae arcendae actio beruht, und über den historischen Ursprung dieser Klage schon angeführt haben, wie nicht minder nach Dem, was uns Cicero über dieselbe mittheilt, glauben wir annehmen zu müssen, daß auch andere Grundsätze, und zwar folgende, zur Geltung kommen:

a) der Nachbar, dessen Grundstück tiefer gelegen ist, hat keine Verpflichtung, das von dem höher gelegenen Grundstücke kommende Regenwasser aufzunehmen; er kann es durch Mauern, Wände, Zäune u. s. w. von sich abhalten. Der Satz semper agri oder loci (-agri) naturam esse servandum et semper inferiorem superiori servire beschränkt sich auf den ager und bildet eine Eigenthümlichkeit (Singularität) der aquae pluviae actio[87]).

b) Der Besitzer des höher gelegenen Grundstücks ist aber ebenfalls nicht verpflichtet, das Regenwasser von dem tiefer gelegenen abzuhalten und abzuwehren[88]); vergl. §. 28. Doch darf er nichts unternehmen, wodurch dem Nachbar das Regenwasser zugeleitet oder sonst die Gefahr desselben für den Nachbar erhöht wird; gegen solche Unternehmungen würde dieser sich der Negatorienklage oder nach den Prämissen des einzelnen Falles auch der cautio damni infecti bedienen können.

Die Bemerkung der Juristen Labeo und Cassellius kann also nur den Sinn haben, daß die Negatorienklage eine allgemeinere Bedeutung und einen weiteren Umfang habe und bei Grundstücken aller Art Anwendung finden könne, während

87) Seuffert, Arch. XXVII, 94.

88) So erkannte das O.A.Gericht in Zerbst 1842; Emminghaus, Pandekten S. 203, no. 46.

Digitized by Google

die aquae pluviae arcendae actio nur bei besonderen Grundstücken, nämlich si aqua pluvia agro noceat, zulässig sei[89]).

Diese Beschränkung unserer Klage wird nochmals in l. 1 §. 19 und 20 D. h. t. behandelt:

„Cassius quoque scribit, si aqua ex aedificio urbano noceat vel agro vel aedificio rustico, agendum de fluminibus et stillicidiis".

„Apud Labeonem autem invenio relatum, si ex agro meo aqua fluens noceat loco, qui est intra continentia, hoc est aedificia[90]), non posse me aquae pluviae conveniri; quod si ex continentibus profluens in meum agrum defluat, eique noceat, aquae pluviae arcendae esse actionem".

Gewöhnlich nimmt man an, daß hier eine Meinungsverschiedenheit des Kassius und Labeo obwalte und daß Ulpian stillschweigend die Ansicht des Labeo gebilliget habe[91]). In der Regel jedoch pflegt diese Billigung mit ausdrücklichen Worten ausgesprochen zu werden (quae sententia verior est, magis est und dergl.); dies ist hier nicht zu finden; aber auch sonst liegt in den beiden citirten Stellen nach meinem Dafürhalten keine genügende Veranlassung zu der erwähnten Annahme. Der Ausspruch des Labeo umfaßt zwei Fälle. Zuerst bestätigt er die Regel, daß die aquae pluviae arcendae actio auf

---

89) Vergl. Gothofred in der Note zu dieser Stelle. Die Negatoria setzt ein immittere voraus, ist aber weiter, als die a. pl. arc. actio, weil sie nicht blos aqua pluvia, sondern jede Flüssigkeit umfaßt und an jedem Orte, nicht blos in agro, begründet sein kann.

90) Die Lesart aedificia, welche Brenkmann nach der Florentina empfiehlt, ist der andern „aedificio" (Taurellius) vorzuziehn, weil die Klage nicht blos bei Gebäuden in der Stadt, sondern in der Regel auch bei Gärten, Höfen und andern Plätzen in der Stadt unanwendbar ist.

91) So Westphal a. a. O. II §. 441. Schneider a. a. O. S. 357. Unterholzner a. a. O. S. 197.

Digitized by Google

Grundstücke in der Stadt, wenn solche durch Regenwasser Schaden leiden, keine Anwendung finde, und erläutert nur den Begriff „Stadt" dahin, daß hierzu auch die Vorstädte zu zählen seien[92]). Der zweite Fall betrifft eine ganz andere Frage, nämlich die, ob darauf Gewicht zu legen sei, woher das Wasser komme — und Labeo entscheidet, wenn auch das Regenwasser aus der Vorstadt komme und Schaden einem ager zufüge, aber nicht ex aedificio kommend, sondern z. B. in der Weise, daß Jemand es mittelst eines Grabens, einer Gosse und dergl. einem Acker zuleitet, anstatt es im natürlichen Laufe dahin abfließen zu lassen, so sei die Klage zulässig. Denselben Fall behandelt auch Kassius, aber mit andern Voraussetzungen. Er supponirt, daß Jemand das Regenwasser von seinem städtischen Gebäude auf den benachbarten Acker fallen läßt, oder daß überhaupt durch die Errichtung eines Gebäudes einem Acker, der vermöge seiner Lage bisher kein Regenwasser von dieser Seite her aufgenommen hat, das Regenwasser von dem Gebäude zugewiesen wird. In diesem Falle soll die Negatorienklage angewendet werden müssen. — Das widerspräche denn keineswegs der Ansicht des Labeo, und ich möchte den Ausspruch des Kassius auch für wohlbegründet erachten[93]). Wir tragen auch dabei nichts in die Stellen hinein, was nicht darin enthalten wäre. Denn Kassius spricht von Regenwasser, was ex aedificio urbano kommend schaden soll und zwar (in Hinsicht auf die Klage) dadurch, daß es tropfenweise oder stromweise hernieder fällt; Labeo dagegen bezeichnet in seinem Falle das Regenwasser als profluens, mithin am Boden fließend.

Die Klage ist also ausgeschlossen, wenn Regenwasser einem

92) Unter urbs werden sonst die Vorstädte nicht mit begriffen, l. 2. l. 87. l. 139 D. 50, 16. Windscheid, Pand. §. 473 nota 12.

93) So erkannte das O.A.Gericht in Jena 1837; Emminghaus, Pand. S. 203, no. 45.

Digitized by Google

Grundstücke innerhalb der Stadt oder Vorstadt in Folge eines Menschenwerks schadet, mag dieses Grundstück nun ein Gebäude oder Gehöft oder Garten sein. Nun wissen wir aber, daß es in Rom, namentlich in den Vorstädten sehr große Gärten gab, und es fragt sich, ob wir uns durch die Vergleichung der aquae pluviae arcendae actio mit der finium regundorum, welche wir bei Cicero finden, auch bestimmen lassen, den Ausspruch des Paulus in l. 4 §. 10 D. 10, 1: et in urbe hortorum latitudo contingere potest, ut etiam finium regundorum agi possit" analog auf die aquae pluviae arcendae actio anzuwenden. Ich bin der Ansicht, daß ein erhebliches Bedenken dagegen nicht vorliegt, nachdem die Klage auch nach andern Richtungen hin über ihre ursprüngliche Tragweite hinaus ausgedehnt worden ist, die natura loci hier wirken zu lassen.

Gehört zu einem landwirthschaftlichen Grundstücke eine Wegegerechtigkeit und wird durch das Regenwasser in Folge des opus manufactum der Weg verschlechtert oder zerstört, so steht auch deshalb dem Eigenthümer des fundus dominans die aquae pluviae arcendae actio zu, weil die Servitut als Bestandtheil des Grundstücks, qualitas fundi, gedacht wird, l. 25 D. h. t.: „Is, cujus fundo via debetur, aquae pluviae arcendae agere potest fundi sui nomine, quoniam deteriore via facta fundo nocetur". Dasselbe wird anzunehmen sein, wenn einer andern Prädialservitut, z. B. einer Wasserleitung Schaden zugefügt wird; nur dürfen Weg und Wasserleitung nicht in der Stadt oder Vorstadt gelegen sein.

III. Die Zuständigkeit und Wirkung der Klage.

§. 39.

Wir haben nun zu untersuchen, wem die aquae pluviae arcendae actio zusteht.

Digitized by Google

Aus Dem, was wir früher über den Urſprung der Klage und ihr letztes Prinzip auseinander geſetzt haben, ergiebt ſich von ſelber, daß ſie nur dem Nachbar gegen den Nachbar (in Anſehung von Grundſtücken) zuſtehen kann, alſo dem Eigenthümer des einen Grundſtücks gegen den Eigenthümer des benachbarten Grundſtücks. Sie allein vertreten ihre Grundſtücke, derentwegen die Klage gegeben iſt[94]). Es entſcheidet ſelbſtverſtändlich dabei der Moment der Litiskonteſtation[95]). Mit der Zeit aber wurde die Berechtigung zur Klage auf einige andere Rechtsverhältniſſe ausgedehnt; ſo ſoll z. B. die Klage utiliter dem Uſufruktuar (quasi domino) geſtattet ſein, obſchon nebenbei auch dem dominus proprietatis die Klage zuſteht, l. 22 pr. und §. 2 D. h. t.: „Si ususfructus fundi legatus fuerit, aquae pluviae arcendae actio heredi et cum herede (ejus)[96]) est, cujus praedium fuerit. Quodsi ex opere incommodum aliquid patiatur fructuarius, poterit quidem interdicto experiri quod vi aut clam. Quod si ei non competet, quaerendum est, an utilis ei, quasi domino, actio aquae pluviae arcendae dari debeat, an vero etiam contendat, jus sibi esse uti frui? Sed magis est, utilem aquae pluviae arcendae ei actionem accomodare". Jedenfalls in Rückſicht auf das dauernde Verhältniß, das eine Art Nachbarſchaft begründet und in Hinſicht auf die Schmälerung des Fruchtgenuſſes.

Hiernach darf angenommen werden, daß auch bezüglich des

---

94) l. 3 §. 4. l. 5. l. 6 §. 4 h. t. — Unterholzner a. a. O. S. 199, I. Der zweite Grund, welchen Paulus in l. 5 h. t. anführt, lautet: quia is solus opus restituere potest.

95) Schmidt a. a. O. S. 150. Ueber den weiteren Einfluß der Veränderungen im Beſitze vgl. §. 42.

96) Das ejus ſchiebt Haloander ein. Dem Fruktuar ſteht die Klage nur in subsidium zu, si interd. ei non competet. l. 3 §. 4 h. t. (Ulpian) ſpricht jedenfalls von einem ususfr. aedium; vgl. l. 12 D. 43, 24.

Digitized by Google

Emphyteuta, und des bonae fidei possessor Dasselbe stattfindet, l. 23 §. 1 D. h. t. l. 5 §. 3 D. 47, 7. l. 10 §. 4, 5. l. 48 pr. D. 41, 1. l. 31 §. 3 D. 5, 3[97]). Dem Inhaber einer Wegeservitut wird in l. 25 h. t. die Klage gewährt.

IV. Beklagter und Inhalt der condemnatio.

§. 40.

Die Klage wird erhoben zunächst und eigentlich nur gegen den Eigenthümer, l. 4 pr. h. t. quamquam autem cum domino operis tantum a. pl. a. actio sit, l. 4 §. 2. l. 18 h. t.: causa ejus rei haec est, quod etc. actione non tenetur, nisi dominus solus. Die römischen Juristen lassen sie aber auch utiliter gegen den Usufruktuar zu, l. 22 §. 2 h. t.: Sed et si fructuarius opus fecerit, per quod aqua pl. alicui noceat, erit quidem actio legitima cum domino proprietatis, an vero etiam utilis in fructuarium actio a. pl. a. danda sit? quaesitum est. Et magis est, ut detur. Damit scheint jedoch l. 3 §. 4 h. t. im Widerspruch zu stehn: neque fructuarius, neque cum eo aquae pl. arc. agi potest. Da Ulpian, von dem diese Stelle herrührt, viel später lebte als Pomponius, der Urheber der l. 22, so läßt sich das letzte Fragment durch die Annahme erklären, daß Ulpian den Fall vor Augen hatte, in welchem das opus nicht von dem Fruktuar unternommen worden ist[98]), was freilich etwas trivi-

97) Unterholzner a. a. O. Wenn Wening-Ingenheim a. a. B. 2 §. 318 not. p., Windscheid, Pand. §. 473 nota 20 u. A. Jedem sie geben wollen, der ein dingliches Recht an der Sache hat, so geht dies zu weit und läßt sich bei dem Pfandgläubiger nicht rechtfertigen. Ein Fruchtgenuß wird hier nicht geschmälert und eine Entwerthung des Grundstücks ist nicht angezeigt. Noch weiter geht Westphal a. a. O. §. 450: instituitur actio etiam ab iis, quorum interest.

98) Windscheid, §. 473 nota 17.

Digitized by Google

bei sich ausnimmt. Ich nehme an, daß Ulpian von einem ususfructus aedium gesprochen hat (S. 211).

Hiernach kann die Klage auch gegen den Emphyteuta (l. 23 §. 1 h. t.), sowie gegen den bonae fidei possessor (l. 7 p. h. t.) gerichtet werden. Dafür spricht auch die Analogie der cautio damni infecti, welche ja mit der actio a. pl. arc. in den Grundprinzipien nahe verwandt ist.

Wenn nicht mein nächster Nachbar, sondern der dritte Nachbar das schadenbringende Werk gemacht hat, so kann der gefährdete Grundstücksbesitzer die Klage entweder gegen den Letzteren oder auch gegen den Ersteren erheben, l. 6 pr. D. h. t. Einen ähnlichen Grundsatz finden wir auch bei der cautio damni infecti, und wir können zur Erläuterung desselben auf §. 13 zurückweisen.

Die Klage ist nicht ausgeschlossen, wenn der Eigenthümer des gefährdeten Grundstücks zugleich Miteigenthümer desjenigen Grundstücks ist, von welchem die Gefahr ausgeht und umgekehrt, l. 6 §. 2, 3. l. 11 §. 5 D. h. t., nur kann im ersten Falle blos der Schaden in partem beansprucht werden, und im letzteren Falle ist der Schaden nur pro parte zu leisten. Dagegen findet sie nicht Statt unter Miteigenthümern, wenn einer von ihnen auf dem gemeinschaftlichen Grundstück ein schadendrohendes Werk errichtet hat[99]).

Wenn das gefährdete Grundstück mehreren Eigenthümern gehört, so kann die Klage von jedem derselben nur zu seinem Eigenthumsantheile erhoben werden; eben so kann auch, wenn das Grundstück, von welchem die Gefahr kommt, von Mehreren besessen wird, gegen jeden nur nach Verhältniß seines Antheils geklagt werden. Da das restituere und reficere aber eine untheilbare Handlung ist, so ist der Zweck der Klage erst dann

99) Westphal a. a. O. §. 453. In diesem Falle greift die actio communi dividundo oder pro socio Platz, weil sie keine Nachbarn sind, §. 97, 98.

Digitized by Google

erfüllt, wenn einer oder ſämmtliche Beſitzer des Grundſtücks, worauf das ſchadendrohende Werk ſich befindet, daſſelbe vollſtändig und genügend beſeitigt haben [100]); geſchieht dies nicht, ſo erfolgt die Verurtheilung in das Intereſſe, und zwar pro parte ſowohl hinſichtlich des beklagten Miteigenthümers, als auch hinſichtlich des Klägers, wenn dieſer unter mehreren Miteigenthümern allein geklagt hat. Die Einrede der mehreren Streitgenoſſen hat nicht Statt. Wenn nun Mehrere vorhanden ſind, welche verklagt werden können, ſo iſt wohl zu beachten, daß man nicht einen wählt, der das Werk nicht gemacht hat, weil dieſer blos patientiam zu gewähren haben ſoll [101]).

Die römiſchen Juriſten bezeugen ausdrücklich, daß die Verurtheilung nach denſelben Grundſätzen, wie bei der cautio damni infecti, erfolgen ſoll; l. 11 §. 3 D. h. t.: „ut in actione damni infecti fit, cum ejus praedii, ex quo damnum metuatur, plures domini sint, et cum uno eorum agatur, licet opus, ex quo damnum futurum sit, individuum sit, et ipsae aedes solumque earum non possit pro parte duntaxat damnum dare, nihilominus eum, cum quo agitur, pro sua parte condemnari; magisque existimat id servandum in aquae pluviae arcendae actione, quod in actione damni infecti, quia utrubique non de praeterito, sed de futuro damno agitur". Es ſind dieſe Beſtimmungen der Beweis dafür, daß die Klage nicht auf einem Delikt oder einer objektiv unerlaubten Handlung beruht.

Zweck und Ziel der a. pl. a. actio iſt auf Wiederher-

100) l. 11 §. 1 D. h. t: Si unus egerit et restitutio operis litisque aestimatio facta sit, ceterorum actionem evanescere; item si cum uno actum sit et si praestiterit, ceteros liberari. Die Ausgleichung erfolgt mit der actio communi dividundo. Wening-Ingenheim a. a. O. §. 318 not. w. Unterholzner a. a. O. S. 199 S. 201. Bangerow, Leitfaden, §. 567 I. Ubbelohde, die untheilbaren Oblig. S. 196.

101) l. 11 §. 2 D. h. t.

Digitized by Google

stellung des vorigen Zustandes am Grundstück (restituere opus) gerichtet. Bei Veränderungen, die an Grundstücken geschehn, hat restituere eine sehr weite Bedeutung, l. 2 §. 43 D. 43, 8: restituere videtur, qui in pristinum statum reducit, quod fit, sive quis tollit id, quod factum est, vel reponat, quod sublatum est, et interdum suo sumitur; nam si ipse fecerit, vel jussu ejus alius, aut ratum habitum sit, quod fecit, ipse suis sumtibus debet restituere. Hier ist zunächst von der Wiederherstellung des vorigen Zustandes am Grundstück die Rede, welche der Urheber des Werks auf seine Kosten zu bewirken hat. Es ist aber auch der Kläger in die vorige Lage zu versetzen in Hinsicht seines Vermögensinteresses, l. 81 D. 50, 16: quum Praetor dicat, ut opus factum restituatur, etiam damnum datum actor consequi debet; nam verbo restitutionis omnis utilitas actoris continetur[102]). Ja diese Entschädigung ist auch dann noch zu gewähren, wenn der Kläger selbst die Veränderung beseitigt hat; es sind ihm die darauf verwendeten Kosten zu erstatten, l. 11 §. 4 D. 43, 24.

Eine weitere Eigenthümlichkeit der Verurtheilung zum restituere opus besteht in den Sätzen, daß nur der dominus darein verurtheilt werden kann, quia is solus restituere opus potest[103]), und daß bei mehreren Urhebern der einzelne zum restituere in solidum condemnirt wird, quia restitutio operis pro parte fieri non possit[104]).

A. Das Regenwasser droht Schaden in Folge eines opus manufactum — ursprüngliche Voraussetzung der Klage —; da geht dieselbe gegen den Eigenthümer, der das opus selbst

102) l. 15 §. 7 D. 43, 24.

103) l. 5 vgl. mit l. 3 §. 3. l. 4 pr. §. 2 h. t. und l. 2 §. 37 D. 43, 8.

104) l. 21 §. 5 D. 39, 1. l. 4 §. 4 D. 8, 5. Anders fällt die Condemnation in das Interesse aus, l. 11 §. 1—3 D. h. t l. 21 §. 7 D. 39, 1. l. 4 §. 3 D. 8, 5.

Digitized by Google

gemacht hat oder mit deſſen Vorwiſſen reſp. Genehmigung es gemacht worden iſt, — a) auf Beſeitigung und Wegnahme des opus und Herſtellung des vorigen Zuſtandes auf Koſten des Beklagten; — b) auf Erſatz des Schadens, welcher den Kläger in Folge des Werks nach der Litiskonteſtation bis zum Urtheile betroffen hat; — eventuell c) auf Leiſtung der cautio damni infecti hinſichtlich des Schadens, der den Kläger nach dem Urtheile noch treffen kann, insbeſondere dadurch, daß das Werk nicht ſchleunig genug oder nur mangelhaft beſeitiget wird.

l. 6 §. 6 h. t.: „Officium judicis hoc erit, ut si quidem a vicinio opus factum sit, eum jubeat restituere, damnumque sarcire, si quod post litem contestatam contigit; quodsi ante litem contestatam damnum contigit, tantum opus restituere debebit, damnum non sarciet".

l. 6 §. 8 eod.: „Aestimationem autem judex faciet ex rei veritate, hoc est ejus damni, quod apparuerit datum".

l. 14 §. 2. 3: „In hoc judicium, sicut in damni infecti, futurum damnum venit, quum reliquis fere omnibus judiciis praeteritum praestetur". — „De eo, quod antea datum est, quod vi aut clam agendum est, de eo, quod post sententiam judicis futurum est, damni infecti caveri oportet, vel ita opus restituendum est, ut nullum periculum damni supersit".

l. 25 §. 1 eod. — „hosce (sulcos aquarios) ut operiret, per arbitrum aquae pluviae arcendae actione posse cogere" — l. 24 §. 2 eod. — „arbitrum cogere oportere fossas eum explere".

Die Beſeitigung des Werkes und die Herſtellung des vorigen Zuſtandes muß dergeſtalt erfolgen, daß keine Gefahr eines Schadens durch das Regenwaſſer in Folge des opus manufactum übrig bleibt, l. 22 §. 1 h. t.: „Non aliter restituisse

Digitized by Google

rem videtur is, qui opus fecit, quam si aquam coërceat, (l. 14 §. 3 h. t. — „ut nullum periculum damni supersit").

Wenn der Beklagte dem Spruche des arbiter (jussus) nicht nachkam und das Werk nicht beseitigte, so trat eine Verurtheilung desselben in eine Geldleistung ein (l. 11 §. 3, 4 h. t. §. 31 Inst. 4, 6), wobei in der Regel der Kläger durch das juramentum in litem die Summe bestimmen durfte, l. 2 §. 1 D. 12, 2[105]).

Wie man bei diesen klaren Quellen-Aussprüchen zu der Ansicht hat gelangen können, der Zweck der Klage sei auf Erlangung der cautio damni infecti gerichtet, wenn der Beklagte sich dem Befehle des Richters, das errichtete Werk niederzureißen, nicht fügen sollte, — will nicht recht einleuchten[106]). Die Cautionsleistung findet im Gegentheil nur für den Fall Statt, daß der Beklagte dem Befehle des arbiter nachkommt und das Werk wirklich beseitigen will, was in l. 14 §. 3 h. t. deutlich ausgesprochen wird. Das Urtheil, welches erst gesprochen wurde, nachdem bescheinigt worden, daß gegründete Gefahr und Besorgniß eines Schadens vorhanden, lautete auf die Wegnahme und Beseitigung des Werkes und auf den Ersatz des nach der Litiskontestation bis zum Urtheil entstandenen Schadens. Fügte sich der Beklagte diesem Befehle nicht, dann erfolgte die Verur-

---

105) Savigny, Syst. V S. 123. Schröter, Gießn. Zeitschr. VII, 264 ff. Unterholzner a. a. O. S. 200. V. l. 15 §. 7—9 D. 43, 24.

106) So Weiske, Rechtslexikon v. actio pluviae arcendae. — Unterholzner: „Bestreitet der Beklagte die Gefahr und erbietet sich wegen des gefürchteten Schadens Sicherstellung zu leisten, so muß er losgesprochen werden". — Auch dies ist nicht richtig, in der arbitraria formula konnte nichts von der Caution stehen, und es widerspricht dem Wortverstande der Stelle. Dieser ist: Was den Schaden nach dem Urtheil anlangt, so ist das Werk so zu beseitigen, daß keine Gefahr eines Schadens übrig bleibt oder Caution zu leisten. Reinhardt, Arch. f. civ. Prax. B. 30 S. 245. Anders ist das Verhältniß bei der serv. oneris ferendi, l. 7 D. 8, 5.

Digitized by Google

theilung in tantum, quanti actor in litem juraverit; l. 24 §. 2 D. h. t.: „arbitrum, si appareat futurum, ut aqua pluvia noceret, cogere oportere fossas eum explere, et nisi faceret, condemnare, etiam si antequam judicaret, aqua per fossas nunquam fluxisset. Die Caution de damno infecto aber konnte Kläger offenbar dann nicht fordern, wenn der Beklagte in dieser Weise verurtheilt worden war.

Wenn der beklagte Eigenthümer des Grundstücks, auf welchem das gefahrdrohende Werk unternommen worden ist, dieses nicht selbst gemacht hat, sondern ein Anderer hat es ohne sein Vorwissen und seine Genehmigung unternommen, so geht die Klage zwar auch gegen ihn, aber nur auf ein Dulden (patientiam praestare) d. h. er muß gestatten, daß der Kläger selber und auf seine eigenen Kosten es beseitige und den vorigen Zustand wieder herstelle[107]). l. 4 §. 2 D. h. t.: „Idem Julianus scribit, aquae pluviae arcendae actionem non nisi cum domino esse, idcircoque si colonus ignorante domino opus fecerit, dominum fundi nihil amplius, quam patientiam praestare debere, colonum autem interdicto quod vi aut clam impensam quoque restituendi operis, et damnum si quod ex eo datum fuerit, praestare cogendum". —

l. 4 §. 3 D. eod.: „Item si non ego, sed procurator meus tale opus fecerit, ut aqua pluvia noceat vicino, adversus me hactenus erit actio, quatenus adversus colonum; ipse autem procurator interdicto quod vi aut clam conveniri poterit, secundum Juliani sententiam etiam post opus restitutum". — In dieser Stelle sind die Worte: qua-

107) Unterholzner a. a. O. S. 200. Schmidt a. a. O. S. 153. Wening-Ingenheim a. a. O. Vergl. noch l. 5. l. 6 §. 7. l. 11 §. 2 D. h. t. In diesem Falle kann der Eigenthümer von dem Kläger die cautio damni infecti fordern, l. 4 §. 2. l. 5 D. h. t. vergl. mit §. 2 und §. 34 oben.

Digitized by Google

tenus adversus colonum offenbar korrumpirt, und nicht blos eine Nachläſſigkeit im Ausdrucke, wie Weſtphal[108]) meint; der richtige Sinn der Stelle, der gar nicht zweifelhaft ſein kann, würde ſtatt ihrer etwa folgende Wendung fordern: quatenus (adversus me), si colonus fecerit[109]).

Wenn alſo das Werk ein Anderer, colonus, procurator oder Uſufruktuar mit Willen des Eigenthümers oder auf deſſen Befehl gemacht oder wenn der Eigenthümer es genehmigt hat, ſo geht zwar die aquae pluviae arcendae actio auch nur auf patientiam praestare gegen den Eigenthümer, aber er haftet für den Schaden und die Koſten der Herſtellung des vorigen Zuſtandes mit dem interdictum quod vi aut clam; l. 5 D. h. t. „— sed si jussu domini fecisset (colonus) etiam interdicto dominum teneri“ —[110]) während im andern Falle, wo eine Genehmigung oder ein Befehl des Eigenthümers nicht vorliegt, nur der Urheber des Werkes ſelbſt mit dem Interdictum quod vi aut clam auf Entſchädigung und Erſatz der durch die Herſtellung erwachſenen Koſten belangt werden kann, l. 4 §. 2 §. 3. l. 5. l. 14 §. 3. l. 22 pr. D. h. t.

Hierher gehört auch der Fall, wenn das Grundſtück, nachdem ein ſchadendrohendes Werk gemacht worden, veräußert wird; gegen den neuen Beſitzer, der es, ohne von dem Werke zu wiſſen, erworben hat, geht die Klage nur auf patientiam praestare, l. 7 §. 1. l. 12 D. h. t.[111]).

Anders aber iſt das Verhältniß, wenn mein Sklave oder Jemand, deſſen Erbe ich geworden bin, das Werk gemacht hat; im letzteren Falle namentlich wird die Sache ſo angeſehen, als ob ich ſelbſt das Werk gemacht hätte; l. 6 §. 7 D. h. t. —

108) Weſtphal a. a. O. §. 455.
109) Schmidt a. a. O. S. 153 ff. Vgl. noch l. 5. l. 6 §. 7 h. t.
110) l. 15 §. 6. 7 D. 43, 24.
111) Er darf derelinquiren, der Urheber und Eigenthümer nicht.

Digitized by Google

„Sed si servus meus, aut is, cui heres sum, hoc fecerit, servum quidem noxae dedere debeo (neben dem patientiam praestare); quod autem is, cui heres sum, fecit, perinde est, atque si ipse fecissem.“

Der oben entwickelten Regel scheint indeß eine andere Stelle zu widersprechen; in l. 11 §. 6 D. h. t. sagt nämlich Paulus: „Trebatius existimat, si de eo opere agatur, quod manufactum sit, omnimodo restituendum id esse ab eo, cum quo agitur; si vero vi fluminis agger deletus sit aut glarea injecta aut fossa limo repleta, tunc patientiam duntaxat praestandam“. Schmidt a. a. O. S. 163 ist auch der Meinung, Trebatius habe wirklich keinen Unterschied gemacht, ob der Beklagte selbst das Werk gestiftet habe oder ein Anderer, und lediglich aus der darauf folgenden l. 12 gehe hervor, daß Paulus diese Meinung nicht gebilligt habe. Sollte es indessen nicht einfacher und natürlicher sein, anzunehmen, daß Trebatius hier den Unterschied, ob der Beklagte das Werk selbst errichtet hat oder ein Anderer, als bekannt vorausgesetzt und darum unerwähnt gelassen habe, weil seine Absicht lediglich darauf gerichtet war, den Unterschied der Klagwirkungen, ipsum restituere und patientiam praestare, hervorzuheben, je nachdem ein opus manufactum Ursache des schädlichen Regenwasser-Laufes ist, oder eine Veränderung in Folge rein natürlicher Ereignisse eingetreten ist, wo keine Urheberschaft vorliegt?

Endlich geht die Klage nur auf patientiam praestare bei Schutzanstalten gegen Regenwasser (Dämme und Gräben), die zu Gunsten des Klägers auf einem Nachbargrundstück sich befinden, l. 1 §. 23. l. 2 §. 1 §. 5, 6. l. 11 §. 6 h. t.[112]).

112) Vgl. §. 32. 33 oben.

Digitized by Google

§. 41.

V. Dieſes patientiam praestare kommt nur vor bei den unmittelbar auf ein restituere opus[113]) gerichteten Klagen. Der Anſpruch auf restituere hat eine objektive und eine perſönliche Richtung; er umfaßt überhaupt die Herſtellung des vorigen Zuſtandes an einem Grundſtücke, geht ſonach gewiſſermaßen in rem[114]), wie die op. novi nuntiatio in rem erfolgt und in rem wirkt; und doch iſt unſere Klage keine actio in rem, weil ſie weder auf den Beſitz des Grundſtücks, noch auf ein jus in re gerichtet iſt, auch keine actio mixta, weshalb Ulpian in l. 6 §. 5 h. t. ausdrücklich hervorhebt: a. pl. a. actionem sciendum est non in rem, sed personalem esse. Die perſönliche Richtung der Klage iſt begründet in der perſönlichen Verpflichtung (obligatio) des Thäters als Urhebers der Veränderung am Grundſtück. Dieſe Verpflichtung zur Reſtitution beruht entweder auf einem Delikt, wie z. B. bei dem Interdictum quod vi und bei der operis novi nuntiatio[115]), oder auf einem Verſtoß gegen die aequitas des Nachbarverhältniſſes bei der a. pl. a. actio. Es gilt dabei die Regel, qui fecit et possidet, ipse suis sumtibus restituere debet, qui fecit nec possidet, impensam tollendi operis, qui possidet nec fecit, patientiam tantum debere, l. 2 §. 43 D. 43, 8. l. 16 §. 2 D. 43, 24. Die Wirkung des Delikts und des Verſtoßes gegen die nachbarliche aequitas kann ſich nicht auf einen unſchuldigen Dritten erſtrecken.

Ein anderer Grund des patientiam praestare kommt bei Schutzanſtalten gegen Regenwaſſer vor, die auf einem fremden

113) Unterſchieden von dem rem restituere und restituere jus amissum.

114) Non quia venditori, sed quod rei damnum datum sit, l. 16 h. t.

115) l. 5 D. 43, 1. l. 15 §. 3 D. 43, 24. l. 22 D. 39, 1.

Digitized by Google

Grundstück befindlich dem Kläger allein oder zugleich mit zur Abwehr dienen. Die römischen Juristen vergleichen das Verhältniß mit einer Servitut, bei welcher der dominus des praedium serviens auch nicht zur Erhaltung der Servitutanlage verpflichtet ist (quasi servitus), l. 1 §. 23. l. 2 §. 1. l. 2 §. 5 h. t.

Weiter haftet der Besitzer eines Grabens nicht für Reinigung des auf seinem Grundstück befindlichen Grabens, sondern hat nur patientiam zu gewähren, wenn durch Naturereignisse derselbe verunreinigt und verstopft worden ist, l. 2 §. 6. l. 11 §. 6 h. t. — Wenn l. 7 §. 1 h. t. von dem bonae fidei emtor gesagt wird, er hafte nur auf patientia, so setzt dies voraus, daß er post opus factum gekauft hat. — In allen diesen Fällen kann man dem beklagten Besitzer keinen Verstoß gegen seine Nachbarpflichten (keine Urheberschaft) zur Last legen. So wird dem objektiven Anspruch auf Restitution im Mangel der persönlichen Verschuldung Genüge geleistet.

Ganz anders verhält sich die Sache bei den actiones in rem, der Negatoria und Confessoria, deren Basis die Intention: jus tibi non esse me invito facere oder habere resp. jus mihi esse etc. bildet, und bei denen das restituere oder tollere nur eine aus jener Basis abgeleitete secundäre Folge ist. Diese Klagen sind gerichtet gegen einen Zustand des Grundstücks des Beklagten, der dem Kläger ein pati oder non facere auferlegt; der Eigenthümer wird als Vertreter des Grundstücks belangt. Ob er selbst oder ein Anderer jenen Zustand herbeigeführt hat (die Thäterschaft), kommt hier gar nicht in Betracht. Deshalb muß jeder Besitzer, qui factum habet, auch si ipse non fecit, die Beseitigung des Zustands (Eingriffs) auf seine Kosten bewirken. Dies bestätigt ausdrücklich l. 15 D. 8, 5: quamvis hoc quoque nomine (luminibus officere) actione ipse (qui extollit aedes) heredesque teneantur, — tamen et adversus possidentem easdem

Digitized by Google

aedes danda est actio, ut quod non jure factum est, tollatur. Es beruht auf einer Verkennung der Grundlagen der betreffenden Klagen, wenn man die Negatoria, gleich der a. pl. arc. actio, gegen den dritten Besitzer nur auf Gestattung der Beseitigung des Eingriffs durch den Kläger zulassen will[116]). Es handelt sich bei der Confessoria und Negatoria nicht um Delikte; ja nicht einmal bona oder mala fides kommt in Betracht, wie dies bei der vindicatio der Fall ist[117]).

VI. Besitzwechsel — Verjährung der Klage — Schätzung des Schadens.

§. 42.

Die Klage ist ursprünglich nur dem Eigenthümer als solchem und nur gegen den Urheber der Veränderung als Eigenthümer — dem Nachbar gegen den Nachbar — gegeben. Daraus gehn für Besitzveränderungen an einem oder dem andern Grundstücke folgende Regeln hervor:

1) Wenn der Besitz des Grundstücks, auf welchem das Werk vorgenommen worden ist, wechselt, so ist a) wenn das Grundstück vor erhobener Klage veräußert worden ist, die Klage gegen den Käufer zu richten; es hat dieser jedoch in der Regel nur die Wegnahme zu gestatten, während der Verkäufer mit dem Interdikte quod vi aut clam zum Ersatz des Schadens und der Kosten der Wegnahme angehalten werden kann; l. 6 §. 7. l. 7 §. 1. l. 12. l. 13 D. h. t. — b) wenn aber bereits Klage erhoben worden, und die Litiskontestation erfolgt ist, und es wird das Grundstück mit dem schadendrohenden Werke veräußert, so soll der Prozeß gegen den Beklag-

116) Windscheid, Pand. §. 198 nota 4.
117) Siehe §. 55 und 57 unten.

Digitized by Google

ten — falls der Schaden schon eingetreten ist — fortgesetzt und in demselben so erkannt werden, als ob eine Veräußerung gar nicht im Mittel läge, auf Wegnahme des Werks und Ersatz des Schadens seit der Litiskontestation[118]); — c) wenn aber ein Schaden noch nicht eingetreten ist, so soll der Prozeß gegen den Verkäufer nicht fortgesetzt, sondern sofort gegen den Käufer Klage erhoben werden, daß dieser die Wegnahme dem Kläger gestatte, während der Verkäufer für Schaden und Kosten der Wegnahme so, wie unter a erwähnt worden, haftet, l. 4 §. 1 D. h. t.: Julianus quoque scribit, si post judicium aquae pluviae arcendae susceptum fundum alienaverit is, cum quo actum esset, de praeterito damno et opere restituendo, id statuere judicem debere, quod judicaret, si nulla alienatio facta esset; nam et fundo alienato nihilominus judicium manere, et damni rationem venire etiam ejus, quod alienatione[119]) contigit."

l. 16 D. h. t.: — „Sed si, antequam noceatur, is cum quo actum sit, vendat, statim agendum cum emtore, vel intra annum cum eo, qui vendiderit, si judicii evitandi causa id fecerit."

Diese beiden Stellen bieten einige Schwierigkeiten dar. Der Satz unter b muß als Regel angesehn werden, welche sich als Folge der Wirkungen der Litiskontestation darstellt[120]). Aber woher die Einschränkung in dem Satze unter c? Das Gewicht der Entscheidung ruht darauf, daß noch kein Schaden

118) l. 11 §. 9 D. 44, 2: „Si egero cum vicino aquae pluviae arcendae, deinde alteruter nostrum praedium vendiderit, et emtor agat, vel cum eo agatur, haec exceptio (rei judicatae) nocet; sed de eo opere, quod jam erat factum, quum judicium acciperetur".

119) Die Florentina hat alienationem, Haloander ließt post alienationem, Taurellius fand in andern Handschriften ante alienationem. Wir folgen Bedmann, weil diese Lesart den allein richtigen Sinn geben kann.

120) Savigny, System B. VI S. 58, 73, 76.

Digitized by Google

eingetreten ist und derselbe durch Wegnahme des Werkes noch verhütet werden kann. Der Verkäufer kann das in keinem Falle, der Käufer hingegen hat die Wahl, ob er selbst es wegnehmen oder blos die Wegnahme durch den Kläger gestatten will. Darauf weist l. 12 hin mit den Worten: „emtor ceterique successores vel restituere, si velint [121]), opus factum, vel patientiam praestare debent.“ Offenbar wird so der Zweck der Klage leichter und sicherer erreicht [122]).

Aber was heißt in der ersten Stelle, de opere restituendo soll so erkannt werden, als ob nicht veräußert wäre? Man könnte es ungereimt finden, daß der arbiter dem Verkäufer befehlen soll, das Werk wegzunehmen, denn letzterer kann das nicht, weil er nicht mehr Eigenthümer ist. Dennoch geht die Verurtheilung gegen den Veräußerer, als ob er noch Besitzer wäre. Weil er aber nicht mehr den vorigen Zustand herstellen und der Käufer dazu nicht gezwungen werden kann, so soll er auch den Schaden gelten, welcher alienatione contigit; d. h. es soll der Beklagte auch zum Ersatz des Aufwandes, den Kläger auf die Wegnahme zu machen hat, die vor der Veräußerung der Beklagte zu bewirken gehabt hätte, verurtheilt werden.

Was die zweite Stelle betrifft, so deuten die Worte vel intra annum cum eo, qui vendiderit, si judicii evitandi causa id fecerit, auf die actio in factum propter alienationem judicii mutandi causa hin [123]); diese setzt aber vor-

---

121) Si velint ist Lesart der Florentina, in andern Mst. fehlt es. Mir scheint es sehr bezeichnend.

122) Schmidt a. a. O. S. 150 findet einen Grund, die Aechtheit des fragm. 16 zu bezweifeln, darin, daß ihm die exceptio rei in judicium deductae entgegenstehe. Ich bezweifle die Richtigkeit dieser Annahme, weil nicht dieselben Parteien im zweiten Prozeß erscheinen. Vgl. Savigny a. a. O. B. V, 209. B. VI. 23, 24 26b ff.

123) Vergl. l. 3 §. 2 D. 4. 7.

Digitized by Google

aus, daß man einem künftigen Prozesse ausweichen will[124]), und es ist deshalb bei der Interpretation der Stelle das in der ersten Hälfte befindliche actum sit am Schlusse nicht wieder mit in den Gedanken herein zu ziehen, sondern blos zu lesen: Si ante, quam noceatur, vendiderit, intra annum cum eo, agendum, qui vendiderit, si judicii etc.[125]), wenn man nicht annehmen will, daß Pomponius die a. pl. a. actio nur ad modum der alienatio judicii mutandi causa hier angewendet habe.

Der Eigenthümer, welcher das Werk selber unternommen hat, kann sich durch Preisgebung des Grundstücks der Wirkung der Klage nicht entbrechen; wohl aber sein Besitznachfolger, wenn er von dem schädlichen Werke bei der Erwerbung des Grundstücks nichts gewußt hat; l. 7 D. h. t. Unterholzner a. a. O. S. 200.

2) Wenn das durch ein opus manufactum oder sonst bedrohte und gefährdete Grundstück veräußert wird, bevor Klage erhoben worden, so kann nur der neue Besitzer die Klage anstellen[126]); erfolgt die Veräußerung erst nach der Klagerhebung (Litiskontestation), so setzt der Kläger den Prozeß fort, er ist aber den Schadensersatz, welchen er erlangt, seinem Besitznachfolger abzutreten verpflichtet; — „idque eum emtori restituere debere“ — l. 6 §. 4. l. 16 D. h. t. l. 13 §. 12 D. 19, 1.

3) Aus der Beschaffenheit der Klage erhellt von selber, daß

---

124) l. 8 §. 1 D. 4, 7.

125) Schmidt a. a. O. S. 451 hält darum das ganze fr. 16 für verdächtig resp. den Text für verdorben. Allein ähnliche inkorrekte Wendungen kommen in den Quellen nicht selten vor.

126) Der frühere Eigenthümer ist nicht mehr Eigenthümer und hat kein Interesse an der Wegnahme des Werkes und keinen Anspruch auf Schaden, weil dieser erst von der Litiskontestation ab ersetzt wird. Schmidt S. 148. l. 16: quia non venditori, sed rei damnum datum sit.

Digitized by Google

ſie einer beſtimmten Verjährung[127]) nicht unterliegt, und daß ſie eben ſo wenig an ſich vererbt werden kann.

4) Der Erbe erwirbt den Anſpruch aus der bereits erhobenen Klage. Iſt ſie noch nicht erhoben, ſo klagt er als neuer Eigenthümer, nicht als Erbe. Der Erbe Desjenigen, welcher das Werk errichtet hat, wird nicht als Erbe, ſondern als Beſitznachfolger belangt, nur mit dem Unterſchiede, daß der Singularſucceſſor in der Regel nur patientiam zu präſtiren hat, während der Erbe zum Erſatz des Schadens und Wegnahme des Werkes verurtheilt wird, l. 6 §. 7 D. h. t.

Die a. pl. arc. actio war eine arbitraria, und der Befehl des arbiter (jussus, pronuntiatio) an den Beklagten lautete auf Wegnahme des Werkes (restituere) und Erſatz des nach der Litiskonteſtation eingetretenen Schadens. Ueber die Schätzung des Schadens ſagt Ulpian: „aestimationem autem judex faciet ex rei veritate, hoc est ejus damni, quod apparuerit datum“, l. 6 §. 8 D. h. t. Schmidt a. a. O. S. 167 erklärt dieſen Ausſpruch vom wahren Sachwerthe, und behauptet unter Bezugnahme auf l. 179 und l. 193 D. 50, 16, daß derſelbe nicht von dem Intereſſe zu verſtehen ſei. Indeſſen dürfte doch Donell hier beizupflichten ſein, welcher das id quod interest hierunter verſtanden wiſſen will. Die aquae pluviae arcendae actio beruht nämlich, wie wir geſehen haben, auf denſelben Grundprinzipien, wie die cautio damni infecti und als ihr Surrogat für gewiſſe Fälle wird das interdictum quod vi aut clam ihr zur Seite geſtellt; bei beiden aber wird

127) Unterholzner a. a. O. S. 201. — Schmidt a. a. O. S. 156 nimmt den Lauf der Verjährung vom Zeitpunkte der Errichtung des Werkes an, weil actio nata da ſei. — Die Sache wird ſich dadurch ausgleichen, daß Derjenige, welcher 30 Jahre lang ein Werk geduldet hat, der l. 19 D. h. t. unterfällt.

Digitized by Google

der Richter angewiesen, auf das Interesse zu erkennen, l. 4 §. 7 D. 39, 2. l. 15 §. 7 D. 43, 24[128]), obschon auch hier der Ausdruck quanti ea res est gebraucht wird[129]). Ohnehin wird dabei selten vom Sachwerthe die Rede sein können; es handelt sich in der Regel um eine Verschlemmung oder Zerreißung oder eine andere Deterioration, die nicht den Werth des Grundstücks dauernd alterirt.

Die Worte ex rei veritate in l. 6 §. 8 dürften wohl mehr den Gegensatz andeuten zu der condemnatio, welche erfolgt, wenn der Beklagte dem Befehle des arbiter nicht nachkam, und bei welcher die Schätzung des Interesses nicht ex rei veritate, sondern durch den Eid des Klägers (juramentum in litem) bewirkt wurde; l. 24 §. 2 D. h. t.: „Sed et si fossas fecisset, ex quibus aqua pluvia posset nocere, arbitrum, si appareat futurum, ut aqua pluvia noceret, cogere oportere fossas eum explere, et nisi faceret, condemnare, tametsi, antequam adjudicaret, aqua per fossas numquam fluxisset".

§. 43.

VII. Ausgeschlossen ist die aquae pluviae arcendae actio (abgesehen von den in §. 35 erwähnten Einschränkungen derselben) in folgenden Fällen:

1) Wenn ein Werk, welches an und durch sich selber Schaden droht, unter Duldung des betheiligten Nachbars errichtet worden, oder — was dem gleichgestellt wird — wenn der gefährdete Grundstücksbesitzer von der Errichtung des Werkes wußte und es nicht verhinderte, l. 19 h. t.: „Labeo

128) Quanti ea res est — quod non ad quantitatem refertur, sed ad id, quod interest. Windscheid, Pand. §. 257 nota 7.

129) Vgl. §. 21 oben S. 148. Mommsen hat in seinen Beiträgen zum Obligationenrechte diese Stelle übersehen.

Digitized by Google

ait, si patiente vicino opus faciam, ex quo ei aqua pluvia noceat, non teneri me actione aquae pluviae arcendae". Nur muß vorausgeſetzt werden, daß der Gefährdete hinſichtlich der Beſchaffenheit und des Zweckes, ſowie der Folgen des Werkes nicht in einem Irrthume oder in gefliſſentlich benutzter Unkenntniß ſich befunden habe; l. 20 D. eod.: „Sed hoc ita, si non per errorem aut imperitiam deceptus fuerit; nulla enim voluntas errantis est“ [180]).

Der Grund dieſer Satzung liegt in dem Prinzip der Klage. Bei der a. pl. a. actio, wie bei der cautio damni inf., iſt das Verhalten und Thun des einen Nachbars, welches in Frage kommt, nicht abſolut widerrechtlich; nur der Schaden, den es ſtiftet, erſcheint unbillig, und ſoll dagegen erſt Abhilfe gewährt werden, wenn der bedrohte Nachbar ſich rührt und den andern interpellirt. Anderſeits kommt das Nachbar-Verhältniß mit ſeinen verſchiedenen gegenſeitigen Rückſichtnahmen in Betracht. Es läßt ſich alſo aus dieſem Verhältniß und aus der gebotenen Wachſamkeit hier erklären, daß in der Duldung und Zulaſſung eines Werkes ein Verzicht auf die Klage erblickt wird. Das iſt wiederum eine Eigenthümlichkeit der beiden gedachten Klagen, die nicht auf andere Rechtsmittel und andere Verhältniſſe angewendet werden darf.

2) wenn das Werk ſeit länger denn Menſchengedenken beſtanden hat, l. 2 §. 3 h. t. l. 1 §. 23. l. 2 pr. D. h. t., oder

---

130) Schneider S. 359. Savigny, Syſtem, B. III 364. 342. B. IV S. 488. — Anders iſt die Sache, wenn nicht das Werk an und für ſich, z. B. der Waſſergraben Urſache des Schadens iſt, ſondern der Verfall deſſelben; dann kann die utilis aquae pluviae arcendae actio gebraucht werden. Die Gloſſe verſteht die l. 19 ſo, daß nur die Reſtitution, nicht aber der Anſpruch auf Schadenserſatz ausgeſchloſſen werde. Allein l. 28 D. 10, 3, welche ſie anführt, bezieht ſich nur auf Miteigenthümer, bei denen beſondere Normen gelten.

Digitized by Google

3) wenn das Werk von Staatswegen, oder auf Befehl des Regenten oder der kompetenten Staatsbehörden errichtet worden ist; eben so wenn es den leges agrorum seinen Ursprung verdankt, l. 2 §. 3. l. 23 pr. D. h. t.[131]);

4) wenn das Regenwasser nicht in Folge der natürlichen Lage der Grundstücke, sondern auf Grund einer Servitut von dem andern Grundstücke aufgenommen werden muß. Alsdann kann der Servitutberechtigte die nach den Regeln über Ausübung der Servituten erlaubten Vorkehrungen aller Art zur Ableitung des Regenwassers treffen, auch wenn dadurch dem praedium serviens geschadet wird. Nur einem übermäßigen Schaden (ultra modum) soll durch die aquae pluviae arcendae actio gesteuert werden können, l. 2 §. 10 D. h. t.[132]);

5) wenn der Kläger durch eigene Schuld sich in die Lage gebracht hat, daß das opus manufactum des Beklagten ihm durch Regenwasser schadet, z. B. wenn er einen Ableitungsgraben zugeworfen, einen Damm beseitigt hat u. dgl.[133]).

VIII. Heutige Anwendung der aquae pluviae arcendae actio.

§. 44.

1) Daß die aquae pluviae arcendae actio auch heute noch anwendbar sei, ist niemals bezweifelt worden, und es ist ihr Gebrauch in der Praxis keine seltene Erscheinung, wie wir aus Seufferts Archiv ersehen können.

---

131) Bei dem Verfall dieser Werke, wenn er Ursache des Schadens wird, gilt das in voriger Note Gesagte; Unterholzner a. a. O. S. 198 VII.

132) Es kommt also auf den Effekt an, während bei unerlaubten Vorkehrungen oder wenn die Servitut nicht civiliter geübt wird, die Negatorienklage anzuwenden sein wird, wobei das Gewicht auf der Beschaffenheit der Handlung ruht.

133) Schäffer a. a. O. S. 41.

Digitized by Google

2. Neben der aquae pluviae arcendae actio wird häufig in den Quellen des Interdictum, quod vi aut clam gedacht, und zwar nach zwei Richtungen hin, einmal nämlich soll damit der Schaden verfolgt werden, der durch das opus manufactum vor der Erhebung der erstgedachten Klage entstanden ist, sodann aber kann in den Fällen, wo diese Klage gegen den Beklagten nur auf patientiam praestare geht, das Interdikt angewendet werden, um von dem Urheber des Werks die Unkosten der Wegnahme und den inzwischen erwachsenen Schaden einzuklagen; l. 14 §. 3. l. 4 §. 2, 3. l. 5 D. h. t.

Ueber das Verhältniß beider Rechtsmittel zu einander sagt nun Curtius, Handbuch des sächsischen Civilrechts §. 1218: „eigenthümlich scheint (?) der aquae pluviae arcendae actio gewesen zu sein, daß sie nicht auf Ersatz des ante lit. cont. erwachsenen Schadens ging, wodurch sie sich auch von dem Interdictum quod vi aut clam unterschied. Diese Verschiedenheit ist indeß heut zu Tage von keiner Erheblichkeit mehr". — Eine ähnliche Ansicht finden wir in einem Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts zu Dresden (Wochenbl. für merkw. Rechtsfälle 1849 S. 235) ausgesprochen, wo unter Bezugnahme auf Curtius Handbuch hinzugefügt wird: „Ueberhaupt greift nach heutigem Rechte gegen den, welcher dem Andern widerrechtlicher Weise einen Schaden zufügt, eine Schädenklage Platz, welche auf Herstellung des früheren Zustandes, soweit diese möglich, und Ersatz der verursachten Schäden geht".

Sind diese Aussprüche so achtungswerther Autoritäten wirklich in Wahrheit begründet? Wie kommt es, daß wir in diesen Punkten heut zu Tage uns von dem römischen Rechte loszählen dürfen? — Es ist wohl der Mühe werth, der Sache auf den Grund zu sehen. — Gründe, warum heut zu Tage andere Rechtssätze gelten sollen, als diejenigen, welche

Digitized by Google

das römiſche Recht aufgeſtellt hat, werden uns von Curtius nicht mitgetheilt; wir kennen auch keine deutſchen Rechtsinſtitute, welche dieſe Anſicht rechtfertigen, insbeſondere wird auch eine konſtante Praxis ſich nicht nachweiſen laſſen, welche dieſer Anſicht gefolgt wäre. — Nur das Eine erwähnt Curtius, daß wir nicht mehr an die römiſchen Klagformeln gebunden ſeien und daß darauf, welchen Namen man ſeiner Klage gebe, nichts mehr ankomme. Allein hieraus folgt doch beſtimmt nicht, daß auch nichts mehr auf die Rechtsſätze, auf die Bedingungen und Vorausſetzungen, welche für die einzelnen Klagen vorgeſchrieben ſind, ankomme? Darauf, daß der Name der Klage in der Klagſchrift genannt werde, kommt heut zu Tage nichts an. Aber die darin angeführten Thatſachen müſſen das Petitum begründen. Ob dies der Fall iſt, kann der Richter nur beſtimmen, wenn er ſich die Erforderniſſe der römiſch-rechtlichen Klagen vor Augen hält.

Es muß alſo ſicher der Unterſchied zwiſchen der aquae pluviae arcendae actio und dem Interdictum quod vi aut clam feſtgehalten werden, und insbeſondere wird der vor der Litiskontestation erwachſene Schaden nur dann im Rechtswege verfolgt werden können, wenn die Vorausſetzungen vorhanden ſind, welche das Interdictum quod vi aut clam begründen. Dies hebt Pomponius in l. 22 pr. D. 39, 3 ausdrücklich hervor, wenn er ſagt: „Quodsi ex opere incommodum aliquod patiatur fructuarius, poterit quidem interdum vel interdicto experiri quod vi aut clam. Quodsi ei non competet“ etc. Es wird alſo erfordert, daß der Kläger das opus prohibirt, der Unternehmer aber es dem Verbote zum Trotze fortgeſetzt habe, oder daß das Werk heimlich, d. h. in der Abſicht und in einer Weiſe, um einem befürchteten oder zu befürchtenden Verbote zu entgehen, unternommen worden ſei[134]).

134) l. 1 §. 5. l. 3 §. 7, 8. l. 5 pr. l. 22 §. 5 D. 43, 24. Schmidt,

Digitized by Google

Dabei ist aber daran zu erinnern, daß Schmidt in seinen Erörterungen über dieses Interdikt die heutige Anwendbarkeit desselben leugnet, indem er nachweist, daß der Fundamentalsatz desselben, daß der Prohibirte ohne Rücksicht auf Recht und Besitz die Prohibition respektiren müsse, in unserem Rechte keine Aufnahme gefunden habe. Mit dieser Ausführung haben sich die angesehensten Juristen, unter andern Sintenis (Civilrecht B. II S. 750 not. 58) einverstanden erklärt, und ich glaube, daß ihr durchweg beigepflichtet werden muß [135]).

3) Von einigen Rechtslehrern [136]) wird in Ansehung des Schadens, welcher vor der Litiskontestation in Folge eines opus manufactum eintritt, auch die actio de dolo für zulässig erachtet, und dafür l. 14 pr. D. h. t. citirt; allein diese Behauptung ist insofern nicht richtig, als in dieser Stelle die actio de dolo nur dann gestattet wird, si is, qui opus fecerit, potentiori vendiderit praedium. Es wird hier also ein wirklich dolöses Gebahren vorausgesetzt [137]).

Gießn. Zeitschr. N. F. I, 6. Sintenis, Civilrecht, II. Th. S. 759. Windscheid, §. 473 nota 14. Seuffert, Arch. XXVII, 133.

135) Vergl. §. 96 unten.

136) z. B. Thibaut, Pandekten §. 735.

137) Vergl. l. 1 §. 1. l. 2 D. 4, 7 (de alienat jud. mutandi c.)

Digitized by Google

III. Abschnitt.

Grundzüge des Wasserrechts[138]).

§. 45.

Man hat die Grundsätze der aquae pluviae arcendae actio auf andere fließende Gewässer, Quellwasser, Bäche und Flüsse angewendet. Dies Verfahren trägt nicht geringe Schuld an der Verwirrung und Unsicherheit der Ansichten, welche in der Lehre über die fließenden Gewässer und deren Benutzung herrscht. Die unstatthafte Anwendung fremdartiger Grundsätze auf Flüsse und Bäche hat denn auch dahin geführt, daß man mit klaren Bestimmungen des römischen Rechts in Widerspruch gerieth und genöthigt war, die römischen Juristen zu korrigiren[139]). So z. B. sagt Kori in dem unten bezeichneten Aufsatze: Unrichtig auch ist das allgemeine Urtheil Ulpians in l. 1 §. 4 und 16 D. de fluminibus, daß flumina privata von anderm Privateigenthum nicht zu unterscheiden seien."

---

138) Schwab, Beilage z. Arch. für civ. Prax. Bd. 30. Börner, ebend. B. 38 S. 149 ff. Endemann, das ländl. Wasserrecht (Kassel 1862). Gerber, deutsch. Privatr. §. 61 ff. Elvers, Themis, 1. B. S. 428 ff. Gesterding, Kori, Funke im Arch. f. civ. Prax. III 60 ff. XII, S. 274 ff. XVIII, 37 ff. Hesse, Jahrb. f. Dogmatik VII, 179—317. Rechtslex. v. Weiske, XIV, S. 86 ff.

139) Man vergl. Gesterding, Arch. für civ. Praxis B. III Seite 60—77. Funke, Arch. B. XII S. 274—300. S. 432—447. Kori, Archiv, B. XVIII S. 37—54. Günther, quaest. de jure aquarum sp. I. Lips. 1826 und spec. II, III, IV 1828.

Digitized by Google

Weiter behauptet Kori, die gemeinrechtlichen Verhältniſſe an fließenden und ſtehenden Gewäſſern regulire insbeſondere der tit. de aqua et aquae pluviae arcendae mit ſolcher aus der Natur der Sache fließenden Konſequenz, daß das Ganze als ein noch heut giltiges Rechtsſyſtem ſich darſtellen laſſe[140]).

Auch Geſterding behauptet in Anſehung der Frage, ob Jemand verbunden iſt, das Waſſer, was auf ſeinem Grundſtück entſpringt, zurückzuhalten, damit der Nachbar nicht davon beläſtigt werde, es ſeien die Grundſätze in D. 39, 3 nicht auf das Regenwaſſer zu beſchränken, ſondern es gelte als allgemeines Prinzip, der Nachbar müſſe den natürlichen Gang des Waſſers aufnehmen. Als Beweismittel führt er zunächſt die l. 3 pr. D. 39, 3 an[141]). Nun aber haben wir oben gezeigt, daß dieſe Stelle nur deshalb einen Platz in jenem Pandektentitel gefunden hat, weil die Kompilatoren in gedachter l. 3 einige Fälle zuſammenſtellen wollten, in denen die aquae pluviae arcendae actio überhaupt nicht Statt habe.

Weiter ſtützt ſich Geſterding darauf, daß die Prinzipien der aquae pluviae arcendae actio nicht als ſolche gegeben würden, welche dieſer Klage eigenthümlich ſeien, dieſe Klage, obſchon bei ihr mancherlei singularia vorkämen, beruhe doch nicht in jure singulari. Auch das iſt nach den oben über dieſe Klage entwickelten Grundſätzen unrichtig[142]).

Geſterding fragt ſodann am Schluſſe ſeiner Argumentation noch: was es denn für einen Unterſchied machen könne, ob das Waſſer vom Himmel komme, oder aus der Erde? Mit ſolchen Fragen dürfen wir nicht einen Unterſchied verwiſchen wollen, wo die Geſetze ſcharf unterſchieden haben. Wenn die römiſchen Juriſten wiederholt erklären, daß nur bei Regen-

140) Kori, Arch. a. a. O. S. 37 und 40.
141) Geſterding im Arch. a. a. O. S. 75, 76.
142) Vergl. §. 28 oben.

Digitized by Google

wasser die Grundsätze der aquae pluviae arcendae actio zulässig seien, wenn sie dies sehr stark betonen und den Begriff der aqua pluvia scharf und bestimmt begrenzen, so ist es doch jedenfalls unstatthaft, zu sagen, es ist kein Unterschied in der Sache, ob das Wasser vom Himmel fällt, oder aus der Erde quillt[143]).

In der That besteht überdies ein großer Unterschied zwischen Regenwasser und andern fließenden Gewässern. Das abfließende Regenwasser — denn nur mit dem Abfluß haben wir es zu thun — stellt sich als eine sehr flüchtige, zur Benutzung wenig geeignete Erscheinung dar, die aber, wenn sie kommt, zumal in gebirgigen Landschaften mit Heftigkeit und reißender Gewalt eintritt und darum mehr von der gefahrbringenden, als von der nützlichen Seite für das juristische Bedürfniß aufzufassen ist. So geschieht es auch in tit. 39, 3 und die aquae pluviae arcendae actio ist lediglich auf Abwehr der Gefahren des Regenwassers gerichtet[144]). Anders verhält sich das bei Quell- und Flußwasser, das in seiner stetigen, ununterbrochenen Strömung in der Regel eine Sache von unendlichem Nutzen wird, und darum sehr gesucht ist. Bei ihm werden seine schädlichen Wirkungen durch die Nutzen bringenden Kräfte zehnfach überwogen und in den Hintergrund gedrängt. Darum finden wir nirgends im Corpus juris Stellen, welche die Frage behandeln, ob der tiefer liegende Grundstücksbesitzer das von dem höher gelegenen Grundstücke herabkommende Fluß- oder Quellwasser aufnehmen müsse, weil es zu den Seltenheiten

---

143) Schmidt a. a. O. S. 97: „Gingen die Juristen so weit, darunter jedes Wasser zu verstehen, ohne Rücksicht darauf, ob es sich mit Regenwasser verband, oder nicht? Die Bejahung dieser Frage würde unsere Klage aus ihren ursprünglichen Fugen rücken." —

144) aquae pl. arcendae actio — l. 1 §. 21 D. 39, 3: hanc actionem locum habere, si aqua pl. noceat.

Digitized by Google

gehört haben wird, daß sich Jemand dessen geweigert hätte; — wohl aber eine Menge Stellen, in welchen von der Benutzung solcher Gewässer gehandelt wird. Das Wasser war ja bekanntlich der nervus rerum für die italienische Landwirthschaft, und Niemand wird leicht einem Wasser den Zutritt zu seinem Eigenthume versagt haben, das ihm zehnmal mehr Nutzen als Nachtheil bringen mochte. Ferner hat das Regenwasser in der Regel keinen festen Lauf, es kann heut hierhin, morgen dorthin seine Richtung nehmen — natürlich immer abwärts. Die fließenden Gewässer haben dagegen ihr bestimmtes Flußbett, das sie nur ausnahmsweise verlassen. Was endlich Quellwasser anlangt, so wird die aqua viva des Quells oder Brunnens als portio fundi, demnach als Bestandtheil oder Zubehör unseres Eigenthums betrachtet, und wir haben sie als Eigenthümer zu vertreten; das Regenwasser hingegen ist — wie wir eben deduzirt haben — Etwas, wofür wir nicht-verantwortlich sind. Es lassen sich also der Natur der Sache nach Quell- und Flußwasser unter ganz andern Gesichtspunkten auffassen, als der Abfluß des Regenwassers, und so ist es auch im römischen Rechte geschehn. Denn bei der Wichtigkeit, welche die Wasserbenutzung bei den Römern hatte, bei der Ausführlichkeit, mit welcher sie die servitus aquaeductus und die Benutzung öffentlicher Flüsse behandeln, wäre es rein unerklärlich, daß die römischen Juristen, wenn sie wirklich die Grundsätze vom Regenwasser für anwendbar auf Quell- und Bachwasser u. s. w. erachtet haben sollten, nicht mit einem einzigen Worte diese für ihre Land- und Hauswirthschaft so wichtige Rechtsanschauung angedeutet haben sollten. Es muß also ganz entschieden verneint werden, daß die Grundsätze der aquae pluviae arcendae actio auf anderes Wasser und andere Gewässer, als Regenwasser, durchweg angewendet werden dürfen.

Bisher zählte man in der Doktrin die größeren Flüsse, d. h.

Digitized by Google

diejenigen, welche Schiffe oder Flöße tragen, unter die flumina publica, die kleineren sah man im Zweifel als Privatflüsse an, und die Bäche rechnete man in der Regel zum Privateigenthum. In dieser Eintheilung aber liegt eine Abweichung vom römischen Rechte, welche, — wie wir später sehen werden — nicht gerechtfertigt erscheint. An den Privatflüssen nimmt man ein ziemlich unbeschränktes Eigenthum an, mit dem Rechte des gänzlichen Verbrauchs und dergl., indem man sich dafür auf l. 1 §. 4 D. 43, 12 bezieht[145]). Allein das flumen privatum der römischen Juristen ist unendlich weit verschieden von den Privatflüssen, welche die deutschen Juristen konstruirt haben; man verwickelte sich in Konsequenzen, die man nicht wollte, und unterschied nun wieder zwischen Privatflüssen und Bächen, die nur das Grundstück eines Besitzers durchschneiden, und solchen, welche die Grundstücke verschiedener Besitzer begrenzen; im letzten Falle sollen sie gemeinschaftlich sein[146]). Von dieser Eintheilung und dem Grundsatz der communio enthält das römische Recht wiederum keine Spur; und wie wird es, wenn der Bach ein Stück zwischen Grundstücken desselben Besitzers, dann ein Stück zwischen Grundstücken verschiedener Besitzer hindurch fließt, dann aber wieder als öffentliches Wasser auftritt, wovon es in Deutschland Beispiele in Menge geben dürfte?

Nach Anderen bezeichnet die Natur der Sache den Bach, gleich dem Flusse, als ein natürliches Ganzes, und es sollen die Bäche gleichsam ein natürliches Gesammtgut aller angrenzenden Grundstücksbesitzer bilden[147]). — Auch diese Idee ist Speculation und stützt sich weder auf Zeugnisse des römischen, noch

145) Gesterding, B. III des Arch. für civ. Praxis S. 60.

146) Kori im Arch. f. civ. Praxis B. XVIII S. 44 ff. Elvers, Themis, N. F. B. I S. 428.

147) Funke, Arch. für civ. Praxis, B. XII, S. 285 ff.

Digitized by Google

des deutschen Rechts. Die Natur der Sache würde sich auf das vorbeifließende Wasser beschränken müssen und sich nicht auf Bett und Ufer erstrecken können; auch kann dem vagen Begriffe der „Natur der Sache" gegen klare Gesetze ein entscheidender Einfluß nicht zugestanden werden.

Darum soll nach Andern eine Beschränkung des Eigenthums an Bächen nicht in der Natur der Sache gegeben sein, wohl aber soll die vetustas hinsichtlich des Wasserlaufs und der Wassernutzung ein den Servituten ähnliches Rechtsverhältniß erzeugen[148]). Dagegen ist eingewendet worden, daß die Vorschriften über die vetustas nur die aquae pluviae arcendae actio und die servitus aquaeductus berühren, und darum nur für diese Institute Geltung haben könnten. Derselbe Schriftsteller, der diesen Einwand erhebt, citirt jedoch für die Verpflichtung des Besitzers des niedriger gelegenen Grundstücks, den natürlichen Abfluß des Quell- und Flußwassers zu dulden, l. 1 §. 22 und 23 D. 39, 3, welche Stelle doch nur vom Regenwasser handelt.

§. 46.

I. Was Fluß- und Bachwasser anbetrifft, so bietet das römische Recht, wenn wir an seinem klaren Wortverstande festhalten und unzulässige Analogien bei Seite lassen, folgende Grundsätze dar: Alle Gewässer, welche beständig fließen, mögen sie Schiffe oder Flöße tragen oder nicht, gelten als flumina publica; als flumina privata werden nur solche Gewässer angesehn, welche im Sommer in der Regel austrocknen, weil sie nicht durch genügendes Quellwasser, sondern hauptsächlich durch Regen- und Schneewasser gespeist werden[149]).

148) Günther, de jure aquarum l. c.

149) Börner a. a. O. S. 149 ff. Endemann, S. 7 ff. Hesse, Jahrb. lit. S. 183 ff., S. 201 ff.

Digitized by Google

„Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non. Publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit. Haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis", l. 1 §. 3 D. 43, 22. „Perenne est, quod semper fluit, hoc est ἀέννaος, torrens, quod hieme, hoc est χειμάῤῥoς", l. 1 §. 2 D. eod. „Flumina publica, quae semper fluunt, ripaeque eorum publicae sunt", l. 3 pr. D. eod.

Daher konnten die Institutionen sagen: „Flumina autem omnia et portus publica sunt" §. 2 Inst. 2, 1 oder, wie es in den Pandekten ausgedrückt wird, „flumina paene omnia et portus publica sunt", l. 4 §. 1 D. 1, 8 — d. h. „alle Gewässer, welche regelmäßig (auch im Sommer) fließen, sind öffentliche Flüsse, — und zwar bis zu ihrer Quelle, so klein sie zuletzt auch sein mögen [150]).

Man hat vielfach diese Definitionen bezweifelt und daran herumgekünstelt, weil sie zu unseren heutigen Anschauungen und Verhältnissen nicht passen wollen. Sie sind aber doch richtig, und ist dies mehrfach schon nachgewiesen worden. Man darf nur bei dieser Untersuchung die Lage Italiens, die klimatischen und Terrainverhältnisse dieses so vielfach von Bergen und Gebirgen durchzogenen Landes nicht aus dem Auge verlieren. Von ihnen berichtet Romagnosi [151]): „Im Bolognesischen giebt es keine perennen und zur Bewässerung bestimmten Kanäle; alles Wasser, das des Naviglio einbegriffen, ist unsicher und fehlt im Sommer fast ganz; die Bergströme und sogar der Reno haben dann gar kein Wasser" — und S. 271: „Der Grund dafür liegt im südlichen Italien in der Terrainbeschaffenheit und in

150) Das geht unzweifelhaft hervor aus l. 1 §. 12 zweite Hälfte, l. 2 „aut ex eo aliud navigabile fit" — l. 3 pr. D. 43. 12. l. 1 §. 1, 2 D. 43, 13. l. 10 §. 2 D. 39. 3.

151) Wasserleitungsrecht, übersetzt von Niebuhr, Halle 1840.

Digitized by Google

dem Mangel an perennem Waſſer, wie ſolches Oberitalien hat. Im ſüdlichen Italien liefern die Apenninen nicht ſo zahlreiche und ſtarke Gewäſſer, und die Möglichkeit ausgedehnter Bewäſſerungen iſt nicht vorhanden".

Ein Beweis der Richtigkeit der obigen Begriffsbeſtimmung für das flumen privatum liegt zuvörderſt darin, daß wir bei den römiſchen Juriſten niemals eine Waſſerleitungsgerechtigkeit aus einem flumen privatum erwähnt finden, weil bei der servitus aquaeductus als Erforderniß aqua perennis vorausgeſetzt wurde; vielmehr werden ausdrücklich nur Quellen, öffentliche Flüſſe[152]) und öffentliche Waſſerbehälter bei der Waſſerleitung als caput bezeichnet, oder die künſtlichen Leitungen des Waſſers aus Quellen u. ſ. w.; l. 3 §. 3. l. 17. l. 20 §. 2. l. 31. l. 34 §. 1. l. 35. l. 37 D. 8, 3. l. 2 D. 8, 4. l. 10 §. 1. l. 21 D. 8, 5. l. 16. l. 17 D. 8, 6. l. 6—10. l. 17 §. 4 D. 39, 3. l. 1 §. 22. l. 2 D. 43, 12. l. 1. §. 8, §. 26, §. 39—41. l. 3 §. 1, §. 2, §. 4. l. 4 D. 43, 20. l. 1 §. 4 D. 43, 21.

In einzelnen dieſer Stellen wird zwar flumen ohne das Adjektiv publicum gebraucht; allein der Zuſammenhang ergiebt, daß ein flumen publicum gemeint iſt, wie denn überhaupt flumen allein (als Fluß) immerdar für flumen publicum gebraucht wird, z. B. in l. 4 §. 11 D. 10, 1. l. 38 D. 8, 3. l. 17 §. 3 D. 39, 3 u. a. m.[153]).

---

152) Daſſelbe iſt nach Frontinus de aquaeductibus mit den öffentlichen Waſſerleitungen der Fall. Namentlich findet ſich dabei regelmäßig eine Landexpropriation, nicht eine bloße Erwerbung des Waſſers. cap. 128: — multo magis, cum majores nostri admirabili aequitate ne ea quidem eripuerint privatis, quae ad modum publicum pertinebant, sed, cum aquas perducerent, si difficilior possessor in parte vendenda erat, pro toto agro pecuniam intulerint".

153) Funke, Archiv für civ. Praxis B. XII S. 276 will zwar aus l. 1 §. 5 D. 43, 20 und l. 9 D. 8, 3 deduziren, daß nicht jedes flumen

Digitized by Google

Zum Schutze der Gebrauchsrechte an öffentlichen Flüssen und der Benutzung der Privatquellen, sowie der Wasserleitungen aus ihnen, enthält das römische Recht verschiedene Interdikte, z. B. ne quid in flumino publico fiat, de aqua quotidiana et aestiva, de rivis [154]), de fonte; aber kein besonderes Interdikt giebt es zum Schutze der Gebrauchsrechte oder der Wassernutzung bei Privatflüssen. Dies beweist offenbar, daß eine regelmäßige Wassernutzung bei einem flumen privatum nicht vorhanden war und eines besondern Schutzes nicht bedurfte.

Ueber das flumen privatum sagt Ulpian in l. 1 §. 4 und §. 10 D. 43, 12 ganz klar: „nihil differt a ceteris locis privatis flumen privatum" und „quod fit in privato flumine, perinde est, atque si in alio privato loco fiat". Das soll heißen: Bei dem flumen privatum ist das Wasser Nebensache [155]), es kommt kaum in Betracht, und das Bett, weil es nicht dauernd vom Wasser okkupirt ist, wird betrachtet, wie jeder andere Theil eines ager oder eines andern Grundstücks. — Nun

---

perenne ein publicum sei. Allein seine Beweisführung ist verfehlt, weil es außer den Flüssen noch Quellwasser und künstlich geleitetes Wasser giebt, auf welches sich die Ausdrücke aqua perennis und quocunque loco in jenen Stellen beziehen können.

154) Das interd. de rivis wird auch ausdrücklich auf Brunnen und Wassergräben angewendet, l. 1 §. 5 D. 43, 21; um so mehr fragt man, warum fehlt der Interdiktenschutz den fluminibus privatis? — Rivus aber bedeutet bei dem Interdikt de rivis nur künstlich geleitetes Wasser, also nicht unsere heutigen Bäche.

155) Wenn Unterholzner a. a. O. B. II S. 161 sagt, den Unterschied zwischen öffentlichen und Privatgewässern bestimme das Eigenthum am Wasserbette, nicht am Wasser, so ist das in Bezug auf fließende Gewässer wohl nicht richtig, weil ja das Privateigenthum sofort aufhört, sobald sich ein öffentlicher Fluß über dasselbe Bahn bricht; „alveus et si antea privatus fuit, incipit tamen esse publicus, quia impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus. Die Publizität des alveus ist also die Wirkung des flumen publicum s. perenne, l 1 §. 7, 8 D. 43, 12. l. 7 §. 5, 6. l. 30 §. 3 D. 41, 1. l. 23. l. 24 D. 7, 4.

Digitized by Google

aber fragt ſich, welche Grundſätze gelten hinſichtlich des Waſſers, das doch hie und da einmal fließt? Auch hier gilt der Ausſpruch des Ulpian; das, was fließt, iſt ein Erzeugniß von Schnee und Regen, wenigſtens in der Hauptſache, und wird darum unter demſelben Geſichtspunkte aufgefaßt, wie die aqua pluvia bei landwirthſchaftlichen Grundſtücken überhaupt [156]), l. 2 §. 6, §. 9. l. 1 §. 23 D. 39, 3.

II. Waſſer im Privateigenthum.

§. 47.

Dazu gehört: a) das flumen privatum, von welchem im vorigen §. gehandelt worden iſt; — b) das Regenwaſſer, ſo lange es ſich auf dem Grundſtück befindet, unterliegt der freien Verfügung des Eigenthümers, jedoch mit der Einſchränkung, daß er dem Nachbar keinen Schaden zufüge; c) Geleitetes Waſſer in Gräben, Kanälen, Röhren u. dergl. Es hört mit dem Einfangen, Einſchließen auf, öffentliches Gut zu ſein, auch wenn es einem öffentlichen Gewäſſer entnommen wird [157]). Auf dem eignen Grundſtück geleitet, iſt es portio fundi, auf fremdem Grundſtück geleitet [158]), iſt es res privata des Berechtigten. Es findet daran kein Gemeingebrauch ſtatt; die unerlaubte Occupation von Waſſer iſt injuria reſp. Diebſtahl; ſelbſt

156) Dies ergiebt ſich aus der Definition des Feſtus v. torrens: „torrens significat fluvium subitis imbribus concitatum, qui alioquin siccitatibus exarescit“ (vergl. oben §. 50). Ovid. remd. am. 621. „flumine perpetuo torrens solet acrius ire; sed tamen haec brevis est, illa perennis aqua“. Horaz nennt ihn flumen hibernum, Spigelius und Calvinus, lex. jur. definiren: „fluvius, qui non de fonte, neque de viva aqua, sed a pluviis, vel de montibus in valles descendit, aestate siccatur, aquis vero hyemalibus inundatur et currit“.

157) Jahrb. f. Dogm. VII S. 211.

158) Ebend. S. 212. l. 19 §. 4 D. 10, 3.

Digitized by Google

dem Eigenthümer des praedium serviens steht ein Recht daran nicht zu[159]). — d) Quellen, Brunnen, Teiche, Seen, Lachen und Sümpfe gehören Demjenigen eigenthümlich, auf dessen Grundstück sie sich befinden[160]). Das eingefangene, geschlossene Wasser gehört dem Eigenthümer ausschließlich, l. 11 pr. D. 43, 24: portio enim agri videtur aqua viva, l. 4 §. 1 D. 10, 3: (puteus est res communis) si solum ejus commune est, l. 24 §. 3 D. 39, 3: lacus neque accessionem neque decessionem in eos vicinis facere licet[161]). Folge ist, daß sie der Eigenthümer zu vertreten hat, wie anderes Eigenthum, (cautio d. inf., negatoria actio u. s. w.) — Lachen sind Ausflüsse oder Ueberbleibsel von Flüssen; sie gelten als öffentliches Gewässer, so lange bei dem mittleren Wasserstande des Flusses noch ein regelmäßiger Verkehr des Wassers mit dem Flusse Statt findet. Außerdem gehören sie dem Eigenthümer des Grundes und Bodens, auf dem sie sich befinden, als reine res privata[162]). Die dem Berechtigten zustehenden Rechtsmittel sind die gewöhnlichen zum Schutze des Eigenthums oder einer Servitut gewährten Klagen.

III. Vom Abfluß des Wassers aus Quellen, Brunnen, Teichen u. s. w.

§. 48.

Bei den Römern war das Wasser so gesucht und begehrt,

159) Ebend. S. 213. l. 2 D. 43, 21. Romagnosi a. a. O. S. IX—XI.

160) Seuffert, Arch. X, 261.

161) l. 12 pr. D. 41, 1. l. 69 D. 18, 1. Jahrb. für Dogm. l. c. S. 229.

162) Funke, Arch. l. c. S. 297. Rechtslex. v. Weiske B. 14 S. 195 ff. Jahrb. für Dogm. a. a. O. 233; cf. l. 45 pr. D. 41, 3. l. 7 D. 44, 3.

Digitized by Google

daß ſchon Servituten in der Weiſe beſtellt wurden, ut aquam quaerere et inventam ducere liceat. Als erſtes Erforderniß eines guten Landgutes wurde bekanntlich von den Römern angeſehn, daß es genügendes Waſſer ſowohl zum häuslichen Gebrauche, als auch zu landwirthſchaftlichen Zwecken, namentlich zur Bewäſſerung der Grundſtücke beſitze. Wir wiſſen nicht blos durch Virgil (Georg. I, 106. Deinde satis fluvium inducit, rivosque sequentis etc.)[163], ſondern auch vornehmlich von den Schriftſtellern über die Landwirthſchaft, daß man nicht allein die Wieſen, ſondern auch die Aecker zu wäſſern pflegte. Man ſuchte ſich oft mit ſchweren Koſten und Laſten eine Waſſerleitung aus einem öffentlichen Fluſſe oder einem fremden Quell zu verſchaffen. Cicero hatte von ſeinem Landgute für die Benutzung des Waſſers der Marrana (aqua Crabra) eine ziemlich hohe Abgabe zu entrichten[164] und Ovid ſtrich — wenn wir der Erzählung des Gellius VII, 20 glauben dürfen — die Stadt Nola aus ſeinem Wirthſchaftsgedichte und ſchrieb ſtatt

Talem dives arat Capua et vicina Vesevo
Nola jugo —

et vicina Vesevo Ora jugo —[165], weil die Nolaner auf ſein Geſuch, ihm eine Waſſerleitung zu geſtatten, abſchlägig beſchieden hatten. Deshalb kam wohl geringes Quellwaſſer bei den Römern nicht zu einem natürlichen Abfluſſe; vielmehr iſt es höchſt wahrſcheinlich in der Quelle ſelbſt verbraucht oder mittelſt künſtlicher Leitungen zum Gebrauche verwendet wor-

---

163) Homer, Ilias XXI, 257—259.

164) Oratio contra Rullum III, 2. In den Briefen ad Q. Fratrem III, 1 ſchreibt er: „Fundi audio te hunc Bovillanum velle retinere. Calvus ajebat, aqua dempta, et ejus aquae jure constituto, et servitute fundo illi imposita, tamen nos pretium servare posse, si vendere vellemus“.

165) Georg. II, 224.

Digitized by Google

den [166]). Dann wird natürlich in der Regel nichts übrig geblieben sein, was in einen öffentlichen Fluß gelangt wäre, wenn die Quelle nicht sehr stark sich zeigte.

Wir finden daher in den sämmtlichen Pandektenfragmenten nirgends eine Bestimmung über den natürlichen Wasserabfluß aus einem Quell u. dgl. Rivus wird von den römischen Juristen nicht in diesem Sinne gebraucht; es bedeutet entweder den Wasserlauf überhaupt [167]), wie flumen, oder es wird von dem Wasserlaufe in künstlichen Gerinnen, in Gräben, Kanälen u. s. w. gebraucht [168]). Dasselbe ist der Fall mit dem Ausdrucke iter aquae [169]).

Nur zwei Kodexstellen sind uns bekannt, welche von einem natürlichen Abfluß des Quellwassers verstanden werden können, nämlich const. 6 und 7 Cod. de servitutibus et aqua 3, 34: „Praeses provinciae usu aquae, quam ex fonte tui juris profluere allegas, contra statutam consuetudinis formam carere te non permittat, quum sit durum et crudelitati proximum, ex tuis praediis aquae agmen ortum, sitientibus agris tuis, ad aliorum usum vicinorum injuria propagari".

l. 7: „Si manifeste doceri possit, jus aquae ex vetere more atque observatione per certa loca profluentis

166) Cicero, top. 8: „partium distributio est saepe infinitior, quam rivorum a fonte deductio".

167) l. 7 §. 4 D. 41, 1.

168) l. 8. l. 3 §. 3, 5, 6 D. 43, 20. l. 61 D. 7, 1. In l. 1 §. 1 D. 43, 12. — „flumen a rivo magnitudine dicernendum est" bedeutet rivus nicht ein Privatgewässer, sondern überhaupt den Gegensatz des rivus zum flumen; denn es gab auch rivi publici l. 1 §. 41 D. 43, 20. l. 1 §. 8 D. 43, 12. Darum wird in l. 6 D. 10. 1 rivus privatus gebraucht, was sowohl das flumen privatum, als auch geleitetes Wasser in Gräben bedeuten kann.

169) l. 8 D. 43, 20. l. 16 D. 8, 6. l. 19 §. 4 D. 10, 3. Eine Ausnahme findet sich in l. 2 §. 6 D. 39, 3.

Digitized by Google

utilitatem certis fundis irrigandi causa exhibere, procurator noster, ne quid contra veterem formam atque solennem morem innovetur, providebit [170]).

In der ersten Stelle wird der Fall gesetzt, daß den Besitzern des tiefer liegenden Grundstücks das Recht zusteht, den Abfluß des Quellwassers von dem höher gelegenen zur Wässerung zu benutzen [171]). Es hat aber auch der Eigenthümer der Quelle selbst aus der Quelle seine Grundstücke herkömmlich bewässert. Dennoch verlangten jene, daß dies nicht mehr geschehe und ihnen das ganze Wasser überlassen werden soll. Da wird denn entschieden, daß dieses Ansinnen abzuweisen sei, weil der Quellbesitzer das Recht habe, das abfließende Wasser in seinen Nutzen zu verwenden, soweit er es bisher gethan habe.

Man hat in diesen Stellen eine Wasserleitungsservitut finden wollen, und es sollen die Ausdrücke consuetudo und mos von der Verjährung bei Servituten zu verstehen sein. Dies soll aus der Ueberschrift des Codextitels „de servitutibus" und aus c. 1 eod. tit. hervorgehen, in welcher vetus forma gleichbedeutend sei mit longi temporis consuetudo, welche unzweifelhaft die zehnjährige Verjährungszeit begreife und vicem servitutis abgebe [172]).

Allein der Wortlaut jener Stellen „statutam consuetudinis formam" — „vetere more et observatione" — „veterem formam atque solennem morem" weisen klar auf ein Gewohnheitsrecht hin [173]); es sind fast ganz dieselben Aus-

170) Hesse, l. c. S. 234 ff.

171) Dies muß vorausgesetzt werden, denn sonst wäre die Bezugnahme des Eigenthümers auf die statuta consuetudinis forma überflüssig und unbegreiflich.

172) Funke im Archiv für civ. Praxis B. XII S. 292 ff. A. M. wieder Kori, ebendas. B. 18 S. 44. Günther, de jure aquar. II §. 2 will c. 7 von fiskalischem Wasser verstanden wissen.

173) Westphal a. a. O. Sect. I. §. 48.

Digitized by Google

drücke, wie sie in l. 2, 3 Cod. 8, 53 (quae sit longa consuetudo) von dem Gewohnheitsrechte gebraucht werden. Die Ueberschrift des Codextitels 3, 34 hat nach de servitutibus noch den Zusatz „et aqua“; wollte man dies aqua hier von der servitus aquaeductus verstehen, wie in der Ueberschrift D. 39, 3, so würde man eine sehr triviale Tautologie erhalten. In c. 1 endlich bezeichnet vetus forma offenbar die frühere Gestalt und Größe des Gebäudes, von dem die Rede ist, und neben der longi temporis consuetudo kommen die Ausdrücke „nec vi, nec clam, nec precario possidere“ vor, welche auf die Ersitzung unzweifelhaft hinweisen — was dagegen in c. 6 und 7 nicht der Fall ist. Der Ueberschrift des Titels „de servitutibus et aqua“ entspricht vielmehr der Inhalt desselben, indem neben den Stellen, welche von Servituten und insonderheit von der Wasserleitungsgerechtigkeit sprechen (dabei wird stets aquam ducere erwähnt), auch solche vorkommen (const. 6 und 7), welche nur von einer aqua profluens (nicht aqua ducta) handeln.

Die c. 7 Cod. 3, 34 behandelt Savigny als lex fugitiva; nach seiner Ansicht soll darin von keiner Servitut, sondern von dem Anspruche einzelner Privatpersonen an eine öffentliche Wasserleitung die Rede sein; darauf soll theils der procurator noster, der bei einer gewöhnlichen confessoria actio Nichts zu thun habe, theils der Ausdruck certis fundis hinweisen [174]).

Der procurator Caesaris vertrat jedoch in den kaiserlichen Provinzen bisweilen die Stelle des Statthalters (legatus oder praeses provinciae) und hatte dann auch die Jurisdiktion in Privatrechtsstreitigkeiten, l. 23 §. 1 D. 49, 1. l. 4 Cod. 9, 20; während er auch sonst in einzelnen Fällen das Recht

174) Savigny, System B. IV S. 502.

Digitized by Google

der Entscheidung hatte, c. 1 Cod. 3, 13[175]). Endlich ist uns anderwärts, wo von Wasserleitungen die Rede ist, nie der Ausdruck aqua profluens begegnet, und wir müssen darum die Richtigkeit der v. Savigny'schen Ansicht bezweifeln. Wir glauben vielmehr, daß eher noch die aqua per certa loca profluens einen öffentlichen Fluß bedeuten könnte, aus welchem verschiedene Grundstücksbesitzer Wasser Behufs der Wässerung abzuleiten gewohnt waren.

Bezüglich des natürlichen Abflusses von Quellwasser wird also das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle zur Entscheidung über die Nutzungsrechte angeführt, und wir halten dasselbe, wenn ein solcher Quellenabfluß die Grundstücke einer ganzen Gegend durchschneidet, nicht blos für einen zulässigen, sondern auch für einen ganz zweckmäßigen Entstehungsgrund bezüglicher Rechtsverhältnisse[176]).

Eine andere Frage ist, ob der Besitzer des tiefer gelegenen Grundstücks verpflichtet sei, den Abfluß einer auf dem höher gelegenen Grundstücke befindlichen Quelle aufzunehmen, wie dies bei dem Regenwasser der Fall ist?

Wir haben bereits hervorgehoben, daß wir die Grundsätze der aquae pluviae zur Anwendung auf Quellwasser nicht für geeignet halten. Da insbesondere die aqua viva der Quelle oder des Brunnens als portio fundi bezeichnet wird[177]), so tritt hier die Verantwortlichkeit ein, welche den Eigenthümer in Ansehung des fundus als natürlichen Vertheidiger desselben trifft. Er kann deshalb den Besitzer des tiefer gelegenen Grundstücks

175) Rudorff, Rechtsgesch. I, 128. II, 16.

176) Vgl. auch Endemann S. 57. Seuffert, Arch. X, 261 (qualificirte Verjährung).

177) l. 11 pr. D. 43, 24. Damit stimmt überein: l. 4 §. 1 D. 10, 3: „De puteo quaeritur, an comm. divid. judicio agit possit? Et ait Mela: ita demum posse, si solum ejus commune sit". Vergl. l 19 §. 4 D. eod. tit.

Digitized by Google

nicht nur nicht zwingen, den Abfluß der Quelle in sein Grundstück aufzunehmen, er darf vielmehr nichts unternehmen, wodurch er ihm das Wasser zuweist. Dabei ist jedoch zu unterscheiden, ob der Eigenthümer das Wasser gesucht und darnach gegraben hat, oder ob es von selbst zu Tage gekommen ist [178]). Fügt im letztern Falle das Wasser dem Nachbar Schaden zu, so gilt der bei der cautio damni infecti (auch bei der aquae pluviae arcendae actio) feststehende Grundsatz, daß der aus der natura loci oder aus dem naturale loci vitium hervorgehende Schaden zu einer Ersatzleistung nicht verpflichtet. Hat der Eigenthümer aber durch ein opus (manufactum) das Wasser zu Tage gefördert, so haftet er dem Nachbar für den Schaden, welchen der Abfluß desselben ihm zufügt, mit der cautio damni infecti (ex operis vitio) oder mit der Negatorienklage, je nachdem die §. 57, 58 erörterten Voraussetzungen des einen oder des andern Rechtsmittels im konkreten Falle vorhanden sind. Dieselbe Regel gilt auch von dem Abfluß aus Teichen, Seen, Sümpfen.

Eine Bestätigung dieser Ansicht dürfte in folgenden, die Wasserleitungsgerechtigkeit betreffenden Stellen enthalten sein, in denen der Grundgedanke sich offenbart, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks den Schaden, welcher naturaliter vom Wasser ihm geschieht, sich gefallen lassen muß, nicht aber den, welcher ihm erst mittelst eines opus manufactum angethan wird. Mit gutem Rechte aber wird man schließen

178) Romagnosi a. a. O. S. XXII setzt bei der Pflicht, das Wasser aufzunehmen, einen natürlichen Quell und ein natürliches Gerinne voraus und fügt hinzu: „man kann dem römischen Rechte nicht vorwerfen, als ob es aus der bloßen Lage des höhern Grundstücks das niedrigere verpflichten wollte, auch Gewässer aufzunehmen, die nicht von Natur von dem höheren Grundstücke ablaufen. — Cancrin, vom Wasserrechte, B. II §. 50. S. 205, 205. Glosse z. Sächs. Lehnr. C. 71 bei Zobel, Emminghaus, Pandekten S. 197. Endemann S. 58. Hesse S. 235.

Digitized by Google

dürfen, daß, was sich der Eigenthümer von dem Servitutberechtigten in seinem Grundstücke nicht gefallen lassen muß, er noch weniger von seinem Nachbar zu dulden braucht. — l. 20 §. 1 D. 8, 3: „Servitus naturaliter, non manufacto opere, laedere potest fundum servientem, quemadmodum si imbre crescat aqua in rivo, aut ex agris in eum confluat, aut aquae fons secundum rivum vel in eo ipso inventus postea fuerit". Was nun von dem Quellwasser gilt, kann auch auf die unterirdischen Gewässer angewendet werden. So lange sie in ihrer natürlichen Lage und Bewegung, ihrem Gange oder Drucke (naturaliter) Schaden zufügen, ist Niemand zum Ersatz desselben verpflichtet; sobald aber der Besitzer durch ein opus veranlaßt, daß sie einem Andern einen wirklichen Schaden verursachen, wird er dafür verhaftlich [179]).

Von selbst versteht sich weiter, daß der Eigenthümer der Quelle das Wasser, welches aus derselben auf andere Grundstücke abgeflossen ist, denen, die es benutzt haben, wieder entziehen kann, wenn sie nicht auf diese Benutzung durch Vertrag, Verjährung oder Ortsgewohnheit bereits ein wohlbegründetes Recht erlangt haben [180]), c. 10 Cod. 3, 34: „Si tibi servitutem aquae ducendae deberi praeses animadverterit, nec hanc te non utentem spatio temporis amisisse prospexerit, uti te iterum jure proprio providebit. Nam si hoc minime probetur, loco proprio facto opere dominus fundi

179) Hesse a. a. O. S. 226.

180) Code civil, art. 643: „Le propriétaire de la source ne peut en changer le cours lorsqu'il fournit aux habitans d'une commune, village ou hameau l'eau qui leur est nécessaire; mais, si les habitans n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité, laquelle est reglée par experts". Daß zur Begründung der Verjährung ein factum in alieno erfordert wird, ist bekannt. Romagnosi a. a. O. S. 40. Hesse a. a. O. S. 243.

Digitized by Google

continere aquam, et facere, quominus ager tuus irrigari possit, non prohibetur". (Vgl. noch l. 2 §. 13 D. 43, 8).

So findet auch eine Klage nicht Statt, wenn in dem einen Grundstücke eine Quelle zu Tage kömmt, welche ihren Zufluß aus dem Grundstücke eines Andern erhält, und der Besitzer des Letztern die Wasseradern abgräbt, daß die Quelle versiegt, sobald dies nicht blos animo nocendi geschieht; l. 21 D. 39, 3. l. 1 §. 12 D. eod. l. 24 §. 12 D. 39, 2[181]).

Wenn aber die Besitzer der tiefer gelegenen Grundstücke den Abfluß einer Quelle aufnehmen müssen, eine Verpflichtung, die nicht blos durch die natura loci, sondern auch durch Vertrag, vetustas u. s. w. begründet sein kann, so darf — mag das Quellwasser von selbst zum Vorschein gekommen sein, oder mag es durch Menschenwerk zu Tage gefördert worden sein, weder der Eigenthümer der Quelle, noch einer jener erst gedachten Besitzer Etwas (opus) unternehmen, wodurch der Abfluß dem tiefer liegenden Besitzer Schaden zufügt, insbesondere darf kein Schmutz und Unrath in den Abfluß eingeleitet werden. Dem Beschädigten steht die Prohibition und resp. das Interdictum quod vi aut clam, unter Umständen auch die Negatorienklage, und wenn der Schaden durch Hinzutritt von Regenwasser bewirkt wird, die aquae pluviae arcendae actio zu; l. 3 pr. D. 39, 3. l. 2 §. 10 ib.

§. 49.

IV. Was die öffentlichen Flüsse anlangt, so gilt hier nach römischem Rechte der Grundsatz: fluminum publicorum communis est usus[182]).

---

181) Romagnosi a. a. O. S. 46. A. M. ist Cancrin, Wasserrecht Bd. 1 §. 112 S. 80 B. 2 S. 192, aber ohne Angabe von Belegen. Vgl. §. 35 oben.

182) Hesse a. a. O. S. 250 ff. Endemann S. 24 ff. Wie sich

Digitized by Google

Es ist also jedem Bürger erlaubt, darin zu fischen, darauf zu schiffen und zu flößen, in und an den Flüssen Anlagen und Werke zu errichten und einzureißen, Wasser zu schöpfen oder zur Grundstücksbewässerung und andern Zwecken abzuleiten, in so weit dies jedoch ohne Nachtheil für andere Bürger geschieht [183]).

Ueber die Wasserleitung aus öffentlichen Flüssen insonderheit werden folgende Vorschriften gegeben:

a. Aus Flüssen, welche schiff- und flößbar sind, ingleichen aus kleineren Flüssen, welche durch ihren Zufluß andere Gewässer flöß- und schiffbar machen, ist es nicht erlaubt, Wasser abzuleiten, l. 10 §. 2 D. 39, 3. l. 1 §. 22. l. 2 D. 43, 12 [184]), wenn Schifffahrt oder Flöße wirklich darauf betrieben wird; im Uebrigen ist es erlaubt.

b. Aus einem öffentlichen Flusse können gleichzeitig Mehrere Wasser leiten, aber nur unter der Voraussetzung, daß sie An-

---

die Regierung gegenüber den Nutzungen der Einzelnen verhielt, davon berichtet Frontinus de aquaeductib. 9: „Praeter caput Juliae transfluit aqua, quae vocatur Crabra. Hanc Agrippa omisit, seu quia improbaverat, sive quia Tusculanis possessoribus relinquendam credebat; ea namque est, quam omnes villae tractus ejus per vicem in dies modulosque certos dispensatam accipiunt. Sed non eadem moderatione aquarii nostri partem potiorem ejus semper in supplementum Juliae aquaeductus vindicaverunt. Exclusi ergo Crabram et totam jussu imperatoris reddidi Tusculanis."

183) Die öffentlichen Flüsse wurden oft auf öffentliche Kosten gereiniget; die Reinigung wurde meist verpachtet. Ueber das darauf bezügliche prätorische Edikt, qui flumina retanda publice redemta habent, siehe Gellius 11, 17.

184) Cancrin, Wasserrecht, B. II §. 23 S. 152 behauptet, es dürfe Niemand aus einem öffentlichen Flusse Wasser ableiten, und beruft sich auf l. 1 §. 42 D. 43, 25. Diese Stelle spricht aber von einer Ableitung aus einer öffentlichen Wasserleitung. Irrig ist darum auch seine weitere Behauptung, zur Ableitung von Wasser aus einem öffentlichen Flusse gehöre ausdrückliche Verwilligung des Landesherrn, oder wie Mittermaier (Privatr. §. 280) sagt, ein spezieller Titel. l. 2 cit. sagt: „Quominus ex flumine publico ducatur aqua, nihil impedit, nisi Imperator aut Senatus."

Digitized by Google

dern nicht Schaden zufügen, insbesondere auch nicht den Nachbarn am jenseitigen Ufer, l. 3 §. 1 D. 43, 20.

c. Das Wasser aus einem öffentlichen Flusse zur Bewässerung des Landes soll nach Maßgabe (Größe) der anliegenden Grundstücke vertheilt werden, wenn nicht ein Einzelner nachweist, daß ihm ein Mehreres auf Grund eines besondern Rechts zukomme, l. 17 D. 8, 3[185]).

Wasser- und Uferbauten sind in und an öffentlichen Flüssen nur erlaubt, in sofern dadurch weder die Schifffahrt und Flöße gestört oder erschwert, noch den Besitzern der anliegenden Grundstücke ein Nachtheil zugefügt wird. Namentlich darf der Wasserlauf nicht zum Nachtheile der Anlieger verändert werden. Dabei gilt der Wasserstand und Wasserlauf vom letzten Sommer als Norm, und Alles, was den Wasserstand geringer, oder den Wasserlauf enger, höher und reißender macht, ist verboten. Im Allgemeinen gilt der Satz: fluminis naturalem cursum opere facto alio non licet avertere; dagegen ist erlaubt, zum Schutze seiner Grundstücke gegen die Gewalt des Wassers den Wasserlauf einigermaßen zu dirigiren, (cursum fluminis in aliquid immutare), wenn man damit den Anliegern keinen Schaden zufügt (sine injuria [incommodo] accolarum) tit. D. 43, 12 D. 43, 13 und c. 1 Cod. 7, 41[186]). Irrig ist jedenfalls die Auffassung der injuria dieser Stelle bei Westphal, de lib. et serv. praed. Sect. II §. 179: „ea, quae super necessitatem fiunt

185) Hesse, a. a. O. S. 260 ff. Endemann, a. a. O. S. 36 ff. Windscheid, Pand. §. 467.

186) Wie Kori, Archiv B. XVIII, S. 52 aus diesen Stellen die Behauptung ableiten will: „der Uferbesitzer ist befugt, seine Uferseite zu erhöhen, selbst wenn dadurch die Fluth auf das jenseitige Ufer gedrängt werden sollte" — namentlich gegenüber l. 1 §. 2 D. 39, 3 — ist mir nicht recht einleuchtend. Die Entscheidung eines Landgrafen zu Thüringen v. J. 1229 in diesem Sinne (Emminghaus, Pandekten S. 428) ist ohne Gewicht, da die neuere Gerichtspraxis häufig anders gesprochen hat.

Digitized by Google

vel omnem aliis utilitatem fluminis adimunt et ex quibus laesio nulla arte a reliquis evitare potest, fieri non possunt.“ Ich berufe mich dagegen auf den allgemeinen Grundsatz, der oben entwickelt worden ist, und insbesondere auf einen Ausspruch des Aggenus Urbicus (Goesius S. 57. S. 70): „quoniam scilicet ripam suam sine alterius damno tueri debet“, welcher mit l. 1 §. 3 D. 43, 13 („cum incommodo accolentium“ — „si quid aliud vitii i. e. damni accolae sentient“) übereinstimmt.

Die Benutzung der öffentlichen Gewässer zu Privatzwecken findet nur in soweit Statt, als dadurch nicht der Gemeingebrauch, besonders die Schifffahrt und die Flöße, benachtheiligt wird, wenn nicht Sonderrechte eine weitere Berechtigung gewähren. — a. Die Ableitung des Wassers zu land- oder hauswirthschaftlichen Zwecken. Sie ist nicht erlaubt, wenn Schifffahrt oder Flöße auf dem Gewässer betrieben wird, wenn dieses ein anderes Gewässer schiffbar macht, wenn das Wasser zu öffentlichen Zwecken (Wasserleitungen) benutzt wird und soweit Gesetze oder Polizeiverordnungen entgegen stehen. Ein Recht auf Ableitung kann begründet sein durch Concession oder Verjährung (bestimmte Anlagen vorausgesetzt). — b. Die Ableitung resp. der Gebrauch des Wassers, um Mühlen und andere Triebwerke in Bewegung zu setzen. Darüber gelten im Ganzen die Regeln sub. a. Zwischen mehreren Triebwerksbesitzern findet eine Gemeinschaft des Benutzungsrechts in der Weise Statt, daß jeder gleiches Recht hat, und nichts zum Schaden des andern unternehmen darf, wenn nicht auf Grund eines wohlerworbenen Rechts ein Mehreres ihm gestattet ist. — c. Die öffentlichen Gewässer dienen zur Aufnahme des von Grundstücken und Gebäuden ablaufenden Regen- und anderen Wassers resp. der ablaufenden Flüssigkeiten. Verboten ist die Einleitung und Einlassung von Wasser und Flüssigkeiten, welche den Gemeingebrauch stören oder aufheben

Digitized by Google

(durch schädliche, schmutzige Substanzen). — d. Die Fischerei in öffentlichen Gewässern ist ein jus omnibus commune (§. 2 J. 2, 1), soweit nicht nach Partikulargesetzen ein anderes bestimmt ist, oder beständig fließende Gewässer als Privatgewässer anerkannt sind, oder Privilegien entgegenstehen [187]). Ueber die Begründung und Ausübung von Sonderrechten (jura propria) vergleiche Endemann, S. 27 ff. Hesse, Jahrb. cit. S. 272 ff.

§. 50.

VI. Von der aqua profluens, d. h. von der Wassermasse, so lange sie sich im fließenden Zustande befindet, lehren die Quellen, daß sie jure naturali omnium communis sei. Dies soll nichts weiter bedeuten, als daß das Wasser in öffentlichen und nicht öffentlichen Flüssen an sich in Niemands Eigenthume sich befindet, und daher von Jedem durch Schöpfen, Trinken, Tränken und dergl. okkupirt werden kann, so daß das geschöpfte Wasser sein Eigenthum wird [188]). Begreiflich haben dabei die römischen Juristen an eine Ableitung des Wassers oder an andere dauernde Benutzungsweisen desselben nicht gedacht; es liegt

187) Die Analogie der Jagd ist unzulässig (Eichhorn); siehe den Schluß der Note. Uebrigens vgl. Jahrb. cit. S. 260 ff. Schwaab, a. a. O. S. 105 ff. Endemann S. 36 ff. Sächs. Landr. II, 28: Welches Wasser stromfrei fließet, das ist gemein zu fischen und zu fahren darin, einem jedermann. — Eichhorn, deutsch. Privatr. §. 289. Gerber §. 94. Hagemann, Landwirthsftsr. §. 143. Sächs. Zeitschr. B. 40 S. 504. Daß das Recht zu fischen bei Privatflüssen ein Ausfluß des Grundeigenthums sei, ist nicht richtig. Das fließende Wasser, in und von dem die Fische leben, ist nicht im Privateigenthum.

188) Glück, Komm. B. II §. 169 S. 142. Unterholzner, Schuldverhältnisse, B. II S. 161 not. c. Dieser Gebrauch des Wassers, ohne besondere Vorrichtungen, welcher weder die Beschaffenheit, noch den Lauf desselben verändert, wird usus innoxius genannt. — Hesse a. a. O. S. 204 ff.

Digitized by Google

in dem communis usus die Beschränkung, daß man Andern den Gebrauch nicht entziehen darf. Darauf deutet Cicero's Ausspruch (de off. I. 16) hin: „Una ex re satis praecipitur, ut quidquid sine detrimento possit commodari, id tribuatur vel ignoto. Ex quo illa communia: Non prohibere aqua profluente; Pati ab igne ignem capere" —, Ovid. Metamor. 350. Quid prohibetis aqua? usus communis aquarum est.

Selbstverständlich kann der Eigenthümer den Zugang zum Wasser über sein Grundstück verwehren.

§. 51.

VI. So viel endlich die Frage betrifft, ob denn überhaupt noch das römische Recht bei der Materie von den Flüssen und Bächen in Deutschland anwendbar sei, so wird diese bejaht werden müssen, so weit nicht Partikularrechte andere Bestimmungen enthalten [189]). Denn wenn es auch durch deutsch-rechtliche Institute und durch andere Einflüsse einige Modifikationen erfahren hat, so finden wir doch in der Praxis von der ältesten bis auf die neueste Zeit das römische Recht immerdar noch als Rechtsquelle citirt; der Mangel an ausreichenden anderweitigen Rechtsvorschriften hat Dies nothwendig gemacht. Wir erinnern insbesondere an das Recht hinsichtlich der Alluvion, der Inseln, der Benutzung der Ufer an öffentlichen Flüssen, welches fortwährend nach den römischen Quellen beurtheilt und entwickelt worden ist [190]).

Allerdings hat man sich bei der Auslegung des römischen Rechts in dieser Materie häufig von der römischen Auffassung und Begriffsbestimmung entfernt, man hat insbesondere den Ausdrücken flumen publicum und privatum den Sinn unter-

189) Hesse, a. a. O. S. 294 ff. Endemann S. 2.

190) Runde, deutsch. Privatr. §. 106.

Digitized by Google

gelegt, daß der erstere fließendes Wasser bedeute, welches der Staat als unmittelbar in seinem Eigenthume betrachte der letztere aber ein Nutzungsrecht, welches mit dem Eigenthum der anliegenden Grundbesitzer wesentlich verknüpft sei, in sich fasse; namentlich zählte man zu den öffentlichen Flüssen solche, welche Schiffe oder Flöße trugen und deren anderweiten Gebrauch der Staat entweder ausschloß oder doch an Bedingungen knüpfte, welche ein Verfügungsrecht von seiner Seite voraussetzten. Es waren jene öffentliche Flüsse Gegenstände der landesherrlichen Regalität, oder es konnte wenigstens das Recht, welches man Privaten an andern, nicht als flumina publica angesehenen, fließenden Wässern als von selbst zustehend betrachtete, ohne Gestattung des Staats oder ohne Verjährung gegen den Staat nicht ausgeübt werden [191]).

Allein nicht nur in der Begriffsbestimmung in Betreff der flumina publica und privata zeigt sich vielfach Schwanken und Unklarheit, sondern auch in der Begrenzung des Umfangs der Berechtigungen des Eigenthümers am flumen privatum herrscht große Meinungsverschiedenheit, so daß die Entstehung eines Gerichtsgebrauchs, welcher dem römischen Rechte derogirt habe, nicht bewiesen werden kann.

Wir wollen versuchen, in allgemeinen Grundzügen die Modifikationen zu zeichnen, welche das römische Recht in unserer Materie erlitten hat. — Im alten deutschen Rechte wußte man von einem Eigenthume an Flüssen nichts; der Gebrauch des fließenden Wassers zum Fahren, Fischen u. s. w. war ein männiglich freier, es ward damit gehalten, wie mit der Jagd. So ist noch in den älteren Landesordnungen der sächsischen Län-

191) Entwurf des Gesetzes über die Benutzung fließender Gewässer für Sachsen 1847 S. 42, 45. Cancrin, Wasserrecht B. 1 §. 32 S. 38. Emminghaus, Pandekten S. 185 ff. Eichhorn, deutsch. Rechtsgesch. §. 58, 362, 548. Kraut, deutsch. Privatr. §. 123—125.

Digitized by Google

der „in gemeinen Wassern", so weit solche nicht verpachtet, den Unterthanen das Fischen gestattet. Dies bestätigt ferner das Sächs. Landrecht B. II Art. 28 verbis: „Welches Wasser stromweise fließet, das ist gemein zu fischen und zu fahren darin Jedermann." Wenn Eichhorn (deutsches Privatrecht §. 265) daraus den Satz ableitet, die Benutzung der Gewässer, die nicht zu den Strömen gezählt wurden, gehörte zu den Rechten des echten Eigenthums" — so erlaubt er sich hierbei einen Schluß, der einen Sprung enthält, und der den thatsächlichen Verhältnissen widerspricht [192]). Wir finden nämlich in Deutschland, namentlich in Sachsen, eine Menge Bäche, die niemals im Privateigenthume gewesen sind, und es muß jener Satz dahin beschränkt werden, daß die Benutzung der Gewässer, die nicht zu den Strömen zählen, zu den Rechten des echten Eigenthums gehören kann.

Die Bestimmungen der Partikulargesetzgebungen in Ansehung der Flüsse haben in der Regel über die rechtliche Eigenschaft des Wassers an sich im Allgemeinen nichts geordnet; sie beziehen sich meist auf die Anlegung von Mühlen, auf polizeiliche Vorschriften über die Fischerei und den schädlichen Gebrauch des Wassers; die Bezeichnung einzelner Gewässer als öffentlicher Flüsse ist nur in Rücksicht der Kompetenz hinsichtlich der Konzessionsertheilungen zu Mühlwerken aufgestellt worden; die Konzessionsertheilung aber erscheint als Ausfluß eines Regals, dessen Inhaber theils der Staat, theils die Patrimonialgerichtsherrn sind.

Die Abweichungen vom römischen Rechte beruhen hiernach nicht auf bestimmten deutschen Rechtssatzungen oder Landesgesetzen, sondern haben ihren Ursprung mehr in thatsächlichen Ver-

192) Auch spricht die Stelle nur von „strömenden" und „fließenden" Wassern. Eben so das Görlitzer Landrecht 34 §. 1. Vgl. Gerber, deutsch. Privatr. §. 63 not. 1.

Digitized by Google

hältniſſen. Hierzu iſt zunächſt die Aufnahme des longobardiſchen Lehnrechts zu rechnen, in deren Folge in Deutſchland die Regalitätstheorie ſich ausbildete. Das fließende Waſſer wurde ohne Unterſchied als Regal erklärt [193]). Daraus entwickelte man für die Landesherrn die Berechtigung, Abgaben für die Benutzung zu erheben, Einzelnen ausſchließliche Nutzungen durch Privilegien zu ertheilen, und überhaupt, was aber mehr als Ausfluß der neu entſtandenen Hoheitsrechte anzuſehen iſt, den Gebrauch durch polizeiliche Vorſchriften zu regeln [194]). Bei kleineren Flüſſen kamen auch Okkupationen Seiten der Grundherrn vor, namentlich bemächtigten ſie ſich der Fiſcherei, nach Art der Jagd, durch Einforſtung (Bann) [195]).

So wurden die flumina publica des römiſchen Rechts in Deutſchland zum großen Theile Staatseigenthum; namentlich übten an den größeren die Landesherrn die Regalität aus. Die kleineren kamen zum Theil, ſowohl durch Okkupation, als durch landesherrliche Verleihung in Privateigenthum; oft nur ſtreckenweiſe [196]), ſo weit ſie den Grundbeſitz eines Gutsherrn, Mühlenbeſitzers u. ſ. w. berührten. Hierbei zog man regelmäßig nur zweierlei Berechtigungen in Betracht, die Anlegung von Mühlen und die Fiſcherei. Auf die Benutzung des Waſſers zur Bewäſſerung der Grundſtücke legte man nicht den Werth wie jetzt, ſie kam daher faſt gar nicht in Frage, und wurde in einzelnen Landesgeſetzgebungen zu Gunſten der Mühlen und der Fiſcherei, wo ſie nicht hergebracht war, ohne Anſehn des etwaigen

193) Nicht blos die ſchiffbaren, wie Eichhorn ſagt, ſondern navigabilia, et ex quibus fiunt navigabilia. L. Feud. II, 56. Bei kleinern Flüſſen gab das Regal weniger Gelegenheit zu erheblichen Nutzungen und wurde darum ſeltner geltend gemacht und geübt.

194) Gerber, Privatr. §. 63 not. 9.

195) Eichhorn, deutſ. Privatr. §. 265 a. E. Emminghaus, Pandekten S. 186 ff.

196) Runde, deutſ. Privatr. §. 102 not. 6.

Digitized by Google

Eigenthums am Gewässer, gänzlich verboten. Sonach wurde dieses Eigenthum immer nur — so zu sagen — salva substantia des Baches oder Flusses gedacht und geübt, und Niemand fiel es früher ein, dem Eigenthümer die Befugniß, den Bach ganz abzuleiten, so daß er für die tiefer liegenden Besitzer resp. Gemeinden verloren ginge, zuzusprechen.

Dies ist ein wichtiger Punkt, welchen die Rechtstheorie wohl beachten muß. Denn wenn das Recht in dem gemeinsamen Bewußtsein des Volkes lebt und beruht, so wäre es Unrecht, hier zu deduziren, weil Eigenthum das Recht der ausschließlichen Herrschaft über die Sache ist, so muß der Eigenthümer eines Bachs das Recht haben, denselben abzuleiten und für Andere zu vernichten. In diesem Umfange ist im Volk niemals das Eigenthum an fließenden Gewässern aufgefaßt worden, und der Geist aller Landesgesetzgebungen widerspricht [197]) einer solchen zwar logischen aber unjuristischen Deduktion.

Wir ziehen hieraus folgende Resultate: Im Allgemeinen ist bei Flüssen und Bächen das römische Recht noch anwendbar, und ist anzuwenden, in sofern nicht in einzelnen Punkten: a) spezielle landesgesetzliche Bestimmungen, — b) hergebrachte Regalitätsrechte, — c) Verjährung [198]), — d) Gewohnheitsrecht [199]) zu einer Abweichung nöthigen, und insbesondere — e) einzelnen Personen ausschließliche Nutzungsrechte als eine Art Eigenthum an kleineren fließenden Gewässern eingeräumt worden sind.

Im Zweifel gilt noch heut jedes perennirende fließende Ge-

197) Const. Saxon. inedit. 36: „so ist auch der Mühlenbau aus gemeinem Völkerrecht einem Jeden auf dem Seinen zugelassen, doch also, daß er den Wasserstrom oder aquaeductum nicht schmälere, verhindere, oder verderbe." Krauß, l. c. §. 125.

198) Emminghaus, Pandekten S. 186, S. 190 no. 13.

199) Emminghaus, a. a. O. S. 198 no. 80. Mevius, dec. P. VIII d. 250.

Digitized by Google

wässer als flumen publicum, d. h. es ist Staatseigenthum und steht der allgemeinen Benutzung offen [200]). Privat-Eigenthum daran oder einzelne ausschließliche Nutzungsrechte müssen bewiesen werden. In keinem Falle umfaßt das Eigenthum an einem Bache oder Flusse an sich das Recht, das Wasser ganz abzuleiten und den unteren Anliegern ganz oder theilweis zu entziehen.

200) Wie bei öffentlichen Wegen (Landstraßen). — Nach Mittermaier deutsch. Privatr. §. 280 not. 5, soll darüber die Landesverfassung entscheiden. Wenn diese aber nicht entscheidet? und was ist darunter zu verstehen? Die neuere Gothaische und Altenburg'sche Gesetzgebung verleihn den Anliegern ein Vorzugsrecht, den Hinterliegern ein eventuelles Recht, jedoch mit Vorbehalt der wohlerworbenen Rechte. — Das Altenburg'sche Wassergesetz verdient Beachtung.

Digitized by Google

IV. Abſchnitt.

Die actio negatoria [1]).

§. 52.

Die Negatorienklage wird in den Lehrbüchern dargeſtellt als Eigenthumsanſpruch wegen Eingriffs, d. h. Verletzung des Eigenthumsrechts, welche nicht in Entziehung des Beſitzes der Sache beſteht [2]), oder wegen partieller Verletzung des Eigenthums [3]). Der Grund der Klage, ihre Veranlaſſung und ihr Gegenſtand ſind Momente, die ſehr beſtritten ſind und eine reichhaltige Literatur erzeugt haben. Von den älteren Juriſten wird ſie aufgefaßt als actio pro asserenda libertate praediorum respectu ejus, qui servitutem praetendit, vel in totum, vel in tantum, si forsan is, qui servitutem habet, illam augere in alterius praejudicium intendit. — tamen dantur de jure Germanico jura praedialia, quae in facere consistunt, et

---

1) Schmidt (Ilmenau), Zeitſchr. f. geſchicht. R.W. XV. 6. H. Pernice, commentat. juris Rom. duae. II. Witte, Zeitſchr. f. Civ. und Proz. N. F. XIV, 12. Pagenſtecher, Lehre v. Eigenth. III S. 182—192. Heſſe, Jahrb. f. Dogm. XIII S. 82.

2) Windſcheid, Pand. §. 198. Puchta §. 172.

3) Bangerow, Pand. §. 353 Anm. 1. Ueber die prohibitoria actio nach Zachariä v. Lingenthal vgl. Rechtslex. X S. 340. Bangerow a. a. O. Heſſe, Jahrb. f. Dogm. VIII S. 60 ff. Ueber die Definition von Bellheim, Fritz ꝛc. ſiehe Bangerow a. a. O.

Digitized by Google

consequenter pro his juribus asserendis vel negandis (confess. et negat.) recte adhibentur[4]).

Die Definitionen von Windscheid und Bangerow kann ich nicht billigen, weil die erstere negativ gefaßt ist, die zweite aber zu vag erscheint, und beide zu weit sind. Darnach müßte die Negatoria auch bei Mobilien zulässig sein, wenn Jemand ein Pfandrecht daran behauptet. Daraus, daß die Negatoria nur bei Grundstücken Platz greift und daß sie ursprünglich[5]) und vorzugsweise gegen Servituten gegeben ist, aus der Verbindung dieser beiden Momente geht hervor, daß sie nur gegen solche Eingriffe gerichtet sein kann, welche, ähnlich wie die Servituten, den Eigenthümer eines Grundstücks in dem Gebrauche, der Benutzung oder Bewirthschaftung desselben stören oder beschränken, resp. beschränken können[6]). Gegen den Anspruch auf eine Dispositionsbeschränkung hinsichtlich Veräußerung und Verpfändung, gegen die Behauptung eines Pfandrechts ist sie nicht gegeben, was man daraus schon schließen darf, daß sie nicht gegen die Anmaßung einer superficies gewährt wird[7]). Damit ist konstatirt, daß die Negatoria eine beschränkte Tragweite hat, insofern sie nur bei Grundstücken stattfindet und nicht gegen die Anmaßung eines jeden Rechts daran gegeben ist. Sie correspondirt also nicht der Eigenthumsklage, der rei vindicatio. Ziehn wir nun den Inhalt der Klagformel, die sicher nicht blos rechtshistorische Bedeutung hat, noch in Betracht, so wird die Behauptung gerechtfertigt erscheinen, daß die Nega-

---

4) Böhmer, de act. L. II cap. II §. 40. 44. Aehnlich Berger, oecon. jur. L. II t. 3 §. 22 nota 5 ff. Lauterbach, Leyser.

5) l. 5 pr. D. 7, 6. l. 1. l. 2 pr. D. 8, 5 §. 2 I. 4, 6.

6) l. 5 §. 6 D. 7, 6: officium judicis erit, proprietatis dominus ne inquietetur kann sich gegenüber der Anmaßung eines Usufructus nur hierauf beziehen.

7) l. 1 §. 4 D. 43, 18: si adversus superficiarium velit vindicare.

Digitized by Google

toria nur gegen Servituten und servitutähnliche Eingriffe, wie sie oben beschrieben worden, zulässig ist[8]).

Nach Schmidt's[9]) Darstellung bildet der Ususfruktus den natürlichen Ausgangspunkt; die Klagen für die dinglichen Servituten sind den aus jenem gegebenen nachgebildet, fr. 2 D. 8, 5. Zur Abwehr usufruktuarischer Anmaßungen bestanden zwei Formeln neben einander, eine negative:

Si paret No No jus non esse utendi fruendi fundo capenate invito etc. etc. —

und eine positive Formel (Formula prohibitoria):

Si paret, jus Titio esse prohibendi Sejum uti frui etc.[10])

Die Bemerkung Ulpians[11]), es seien die auf die dinglichen Servituten bezüglichen Klagen in gleicher Art, wie die aus dem Ususfruktus gebildet, wird durch genauere Betrachtung der in den Pandekten-Fragmenten erkennbaren Formeln bestätigt. — Die Klage wird civilis actio genannt, l. 6 pr. D. 8, 5, und in einem besonderen Falle auf die XII Tafeln zurückgeführt (l. 2 D. de arbor. caed.); denn Eigenthum und Servituten entstammen beide dem civile jus. — Aus den Formeln erhellt die nahe Verwandtschaft derselben. Die intentio: „si paret jus mihi esse altius tollere" kann eben so gut eine Klage aus der servitus alt. tollendi sein, als die Klage aus dem Eigenthum gegen den Dritten, der sich die serv. alt. toll. anmaßt. Es ist den Formeln von vornherein nicht anzusehn, ob sie confessoria oder negatoria actio im gewöhnlichen Sinne seien.

---

8) Mein Aufs. im Jahrb. f. Dogm. XIII S. 82 ff.

9) Zeitschrift a. a. O. S. 149 ff.

10) Schmidt läugnet die von Zachariä entdeckte actio prohibitoria, welche materiell von der negatoria verschieden sein soll. Nach Schmidt soll die prohibitoria formula nur der affirmative Ausdruck der negativen Formel für die negatoria und confessoria sein. — Vergl. noch Rechtslexikon von Weiske, B. X S. 340.

11) l. 2 pr. D. 8, 5.

Digitized by Google

Die Namen negatoria und confessoria ſind von der negativen und affirmativen Formelfaſſung abgeleitet; Theophilus ſagt dies ausdrücklich [12]) und Stephanus theilt dieſe Anſicht. In den bezüglichen Pandektenſtellen ruht jedoch ein anderer materieller, vom verfolgten Rechte hergenommener Sprachgebrauch. Confessoria heißt die Klage aus der Servitut, negatoria die Klage aus dem Eigenthum gegen die Anmaßung von Servituten; man wählte urſprünglich formale Ausdrücke, bei denen in den häufigſten Fällen das formelle Moment mit dem materiellen zuſammentraf. — In den Formelworten invito etc. etc. iſt der Anſpruch des Klägers auf eigenes Recht, das Fundament der Klage, zu finden (l. 5 pr. D. 8, 5 „de jure suo agere videtur"). Die bei den dinglichen Servituten nothwendige Beziehung eines Grundſtücks zu einem beſtimmten andern erfordert, daß das Klagfundament zweierlei enthalte: einen Servitutenanſpruch und die Zuſtändigkeit dieſer Servitut gerade gegen den Beklagten; das Zweite liegt in dem invito No No. Bei perſönlichen Servituten bedarf es dieſes Zuſatzes nicht. — Die Confessoria iſt lediglich eine Klage aus der Servitut. Deshalb hat dieſelbe niemals der Eigenthümer für Einklagung einer im Eigenthume an ſich liegenden Befugniß, l. 5 pr. D. 7, 6. Die Negatoria iſt dagegen einfach eine Klage aus dem Eigenthum; beweiſt der Kläger dieſes, ſo iſt der intentio: jus illi non esse aliquid facere in meo (aliquid immittere in meum) invito me Genüge geſchehn; denn Eigenthum iſt die volle ausſchließliche Herrſchaft. Wahrſcheinlich [13]) iſt, daß die negatoria in gleichem Verhältniß wie die confessoria auch dem im Beſitz der

12) Ich habe dieſes in der betreffenden Stelle nicht finden können; ſie iſt abgedruckt in Bangerow, Leitfaden I S. 705. Vgl. Glück, Pand. X S. 234 not. 64.

13) Nach l. 5 §. 6 D. 7, 6 iſt es mehr, als wahrſcheinlich. „Sicut fructuario in rem confessoria agenti fructus praestandi sunt, ita et proprietatis domino, si negatoria actione utatur; sed in omnibus ita demum,

Digitized by Google

Freiheit von der Servitut befindlichen Eigenthümer einzuräumen sei. Belangt werden kann damit nicht blos der, welcher die Störung in der Absicht, eine Servitut zu üben, vornimmt; denn von einem solchen Requisit weiß die Formel nichts. Eine andere Frage ist: ob die Negatoria gegen jeden partiellen Eingriff ins Eigenthum zulässig, oder nur gegen einen solchen, welcher, objektiv betrachtet, den Inhalt einer Servitut zu bilden im Stande ist. Für die engere Begrenzung sprechen l. 2 pr. D. 8, 5 und l. 4 §. 7 eod., denn darin wird die negatoria eine actio de servitute genannt und als ihr Gebiet das negare servitutem bezeichnet. Die gleiche Beschränkung liegt in den beiden Titelrubriken: Si usus fructus petatur vel ad alium pertinere negetur und Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur. Die Gegner führen Stellen an, in denen die negatoria zugelassen werde für Eigenthumsstörungen, welche den Inhalt einer Servitut angeblich nicht bilden können. Schmidt sucht zu beweisen, das es Servituten des Inhalts geben könne, z. B. in l. 8 §. 5. l. 13. l. 17 §. 1 D. 8, 5 und in l. 2. l. 6 §. 2 D. de arb. caed.) Was den Fall in l. 14 §. 1 D. 8, 5 anlange, so ist er mit Zachariä der Ansicht, daß auf den paries communis nicht schlechthin die Grundsätze vom Miteigenthum anzuwenden seien, daß vielmehr an ihm das facere aliquid jure servitutis möglich sei; Beweis die l. 40 D. 8, 2. Ferner findet Schmidt in l. 8 §. 6 D. 8, 5 den Satz, weil eine Servitut nie den Inhalt haben kann: jus domino non esse sedere in suo, kann niemals, weder mit der confessoria noch mit der Negatoria geklagt werden: jus sibi esse sedere in suo. Es kann nicht füglich eine andere intentio gedacht werden, als welche die Möglichkeit des Beweises, daß dem anders sei, offen läßt; und das geschieht bei der Negatoria dann überall, wenn

si non sit possessor, qui agat; nam et possessori competunt." Vergl. §. 2 Inst. 4, 6.

Digitized by Google

sie nur in Fällen gegeben wird, wo eine entgegengesetzte Servitut möglich ist. Auch sei für die weitere Ausdehnung der Negatoria kein Bedürfniß vorhanden; denn die Injurienklage und das Interdictum uti possidetis reichen aus[14]).

Der Ansicht von Schmidt stimmt Brinz bei; die neg. actio ist ihm eine Eigenthumsklage, ihrem Gegenstande nach Servitutenklage; Eigenthumsklage, weil man Eigenthum hat, das von der angemaßten Servitut frei ist („tale dominium")[15]).

§. 53.

Hoffmann[16]) stellt dagegen folgende Theorie auf. Er unterscheidet eine dreifache Art der Einwirkung auf fremdes Gebiet: unmittelbares Eingreifen der wirkenden Ursachen (Werke, Handlungen, oder beide verbunden, zuweilen unter Mitwirkung von Naturereignissen), — mittelbares Einwirken, indem das auf dem Grundstück des Einen Befindliche (Rauch, Wasser) in das Nachbargebiet hinüber geleitet wird, — Hinüberfallen von abgelösten Bestandtheilen eines Werks des Eigenthümers in fremdes Gebiet. Bei dem mittelbaren Einwirken unterscheidet er wieder zwischen Handlungen und Anstalten, welche nachtheilige Einwirkungen auf das Nachbargebiet mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit befürchten lassen, und solche, die ein schon vorhandenes oder mit Sicherheit zu erwartendes bleibendes Einwirken auf das Nachbareigenthum enthalten. Die erstern unterfallen der cautio damni inf., die letztern sind unbedingt widerrechtlich, es könne deren Entfernung verlangt werden, aber der Gegner, der sie nicht selbst errichtet, brauche nur patientiam praestare. In Betreff der Frage, was erlaubt und was nicht

14) Außerdem kommt hauptsächlich das interdictum, quod vi aut clam als Aushilfe in Betracht (nach röm. Recht).

15) Brinz, Pand. §. 67 S. 236 — 238.

16) Arch. f. prakt. Rsw. N. F. I S. 241 ff.

Digitized by Google

erlaubt sei, meint Hoffmann, daß zunächst das Interesse des benachtheiligten Nachbars in Betracht komme; die Erreichung der gewöhnlichen Gebrauchszwecke darf nicht merklich und nicht dauernd beeinträchtigt werden. Bei solcher Beeinträchtigung stehe unter Umständen die cautio d. inf. zu, aber kein unbedingtes Recht auf Unterlassen oder Beseitigung der Handlung oder Anlage.

Burckhard, die cautio damni infecti S. 193—250[17]) unterscheidet mit Jehring (Jahrb. f. Dogm. VI Hft. 1), wenn auch in etwas anderer Weise, a. direkte Immission, wenn die eine Grenzüberschreitung enthaltende Handlung und Anlage in ihrer Wirkung sofort und nothwendig auf dem Nachbargebiet zur Erscheinung kommt, und zwar ohne Vermittelung weiterer Ursachen, lediglich weil man so thut und so hat. Der Eingriff kann hier in zwiefacher Weise geschehn, entweder so, daß das Immittirte einen sichtbaren Raum einnimmt und dauernd existirt (arbor vento inclinata), habere in alieno — oder so, daß ohne dauernde Gebietsoccupation eine Substanz unmittelbar hinübergeleitet wird. — b. Eine indirekte Immission liegt vor, wenn nicht die Handlung und Anlage als solche in das Nachbargebiet hinüber greift, sondern diese wie ihre nächste Wirkung an und für sich nur innerhalb des eignen Gebiets auftritt und lediglich durch die Vermittelung anderer Ursachen eine Grenzüberschreitung erfolgt, wenn z. B. durch Beschaffenheit der Anlage, des Bodens, oder die Richtung des Windes Feuchtigkeit, Rauch, Gase, Feuerfunken u. dgl. dem Nachbar zugeführt werden.

Die direkte Immission begründet in der Regel die act. negatoria, ein Interesse des Klägers an der Beseitigung wird nicht vorausgesetzt, auch die Schädlichkeit oder Lästigkeit des Eingriffs ist nicht Voraussetzung der Klage. Wo die Immission gewiß

17) Glück's Pandekten Buch 39 und 40 Th. II.

Digitized by Google

ist, kann schon vor dem Erscheinen derselben in fremdem Gebiet geklagt werden. Cautio d. inf. ist hier nicht zulässig, weil der Schade verhütet werden kann. In der Conventionalcaution würde ein Verzicht auf die Neg. liegen. In Fällen, wo eine Immission möglich, aber nicht gewiß ist, kann die neg. erst nach erfolgter Immission erhoben, vorher aber wegen drohenden Schadens die caut. d. inf. gefordert werden, weil die neg. den zugefügten Schaden nicht umfaßt.

Bei indirekter Immission ist die Möglichkeit der Grenzüberschreitung die Regel; die Negatoria kann erst nach erfolgter Immission angestellt werden. Vorher muß man sich mit der caut. damni inf. helfen. Indirekte Immissionen im mäßigen Umfange muß der Nachbar dulden, d. h. wenn sie gar nicht schädlich und lästig sind, selbst dann, wenn sie Folge außergewöhnlicher Anlagen sind; er muß sie ferner dulden, wenn sie zwar schädlich und lästig sind, aber durch die gewöhnliche, allgemein nothwendige und unentbehrliche Benutzung des Nachbargrundstücks geboten erscheinen. Die Negat. ist also beschränkt auf Fälle, wo in Folge außergewöhnlicher Benutzung, sei es auf Grund der Art der Anlage oder des Maßes des Gebrauchs derselben in schädlicher und lästiger Weise auf das Eigenthumsgebiet des Andern eingewirkt wird [18]).

§. 54.

Gegen diese Theorie gehen mir sehr erhebliche Zweifel bei. Die Begründung dieser Zweifel ist gleichzeitig auch gegen die Hoffmann'sche Doctrin gerichtet. Zuvörderst spricht Burkhard von Immissionen, die nach dem richtigen Begriffe des immittere durchaus nicht dazu gezählt werden können. Dazu gehören seine sogenannten indirekten Immissionen und die

18) A. a. O. S. 228.

Digitized by Google

Fälle der direkten Immission, wo die Immission nur möglich, aber nicht sicher ist. Es kann Jemand ein Loch in der Mauer machen, ohne die Absicht zu haben, Wasser oder Dampf abströmen zu lassen, die Nachbarmauer kann sich in meinen Luftraum möglicher Weise hereinneigen, die Trümmer eines einstürzenden Hauses, die Steinsplitter aus dem Steinbruch können möglicher Weise auf mein Grundstück fallen. — Daß in allen den erwähnten Fällen zur Zeit überhaupt keine Immission vorliegt, weil nichts in das Nachbargebiet hinüber gekommen resp. hinüber geleitet worden ist, möchte sich so von selbst verstehen, daß darüber kein Wort mehr nöthig ist. Weiter begreifen die auf fremdes Gebiet fallenden Trümmer oder Dachziegel eines Nachbarhauses, die crusta lapsa und dergl. keine Immission; hinüberfallen ist kein Hinüberleiten. Das aber gehört zum Begriff der Immission bei beweglichen Körpern. Burkhard findet mit vielen Andern in l. 9 §. 2 D. 39, 2: Sed nec potero tecum agere, jus tibi non esse, ita crustam habere, si jam cum terra mea coaluit, quia mea facta est, eine Negatorienklage angezeigt. — Weil nämlich vorhergeht, ita demum crustam vindicari posse, so hat man geschlossen und wohl auch aus den Worten: jus tibi non esse gefolgert, es müsse die am Schlusse erwähnte Klage eine Negatoria sein. Dagegen sprechen aber folgende Momente. Dies zufällige Hereinfallen von rudera, Dachziegeln, Früchten u. dergl., eben so die terra avulsa umfassen keine Immission, wie sich später ergeben wird, eben so wenig wie das Ausschütten von Wasser (Burkh. S. 208). Wenn nun weiter in Folge einer Consultation l. 7 §. 2 eod. von Julian respondirt wird: interdictum reddendum, per quod vicinus compellitur, aut tollere, aut —, und l. 9 §. 2: von Alfenus gesagt wird: dandum in te judicium de damno jam facto — ut omnia tollantur, quae sunt prolapsa, so erhellt daraus, daß diese Klage die actio aus dem Interdikt ist. Die Negato-

Digitized by Google

ria kann für solchen Fall nicht anwendbar gewesen sein, weil die Interdikte eben zur Ergänzung der Lücken im Civilrecht dienten. Es ist nicht glaublich, daß Julian in seiner Responsion der Negatoria gar nicht gedacht und daß auch Gajus (l. 6. l. 8 ibid.) sie nicht erwähnt hätte, falls sie zulässig gewesen wäre. Auch ist sie im ganzen Corpus juris nicht wieder zu finden in Betreff von zufällig übergefallenen oder sonst auf das Nachbargrundstück gekommenen Sachen. Entweder hat Alfenus blos sagen wollen, nachdem die crusta mea facta est, würde ich die negatoria nicht mehr anstellen können (wenn sie überhaupt zulässig wäre), oder das jus tibi non esse, crustam ita habere ist ein Theil der Klagformel gewesen, welche aus dem Interdikt gegeben wurde. Ich halte nämlich abweichend von Schmidt (prohibitorisch) das Interdikt für ein restitutorisches; das tollere dessen, was der Gegner auf meinem Grundstück liegen hat, gehört noch in den Begriff des restituere, wenn auch das habere in meo nicht das Resultat eines facere ist. Sollte Alfenus aber eine negatoria im fraglichen Falle für statthaft angesehn haben, so steht er mit dieser Ansicht ganz allein, und er kann für uns nicht maßgebend sein, weil seine Meinung mit dem Prinzip der Negatoria im Widerstreit steht. Darüber in dem Folgenden.

§. 55.

Wir kommen auf die Frage: was verstehen die römischen Juristen unter Immission? Immittere bedeutet hinüber schieben (bei festen Körpern, tigna, protectum) und hinüberleiten (bei losen, flüssigen und luftförmigen Körpern), von einem Punkte aus nach einem andern, also machen und bewirken, daß von dem einen Grundstück ein Körper in das Gebiet des Nachbargrundstücks hinüber bewegt und resp. geschoben oder geleitet wird[19]). Es muß also das Erscheinen des Körpers

19) Vgl. l. 2 §. 6 D. 43, 8.

Digitized by Google

in dem einem Grundstücke das nothwendige und unmittelbare Resultat der Anlage auf dem andern Grundstück sein. Darin liegt die Signatur der Herrschaftserweiterung des Besitzers in das Nachbargebiet hinein, welche die Widerrechtlichkeit der Immission begründet. Ein Dazwischentreten von andern Umständen und Ereignissen, welche das Erscheinen eines Körpers im Nachbargebiet vermitteln oder verursachen, und von dem Willen des Eigenthümers unabhängig sind, hebt den Begriff der Herrschaftserweiterung auf. Daraus folgt weiter, daß ein rein zufälliges Hinüberfallen von Körpern, und daß einzelne Handlungen, das Hinüberschütten von Wasser[20]), Hinüberwerfen von Steinen, Eintreiben von Vieh, keine Immission bilden[21]). Die Anlage muß derart sein, daß ein dauerndes Eindringen in alienum oder mindestens eine häufige Wiederholung des Eindringens zu erwarten ist. Die Nothwendigkeit und Unmittelbarkeit des Eindringens ist entweder in der ursprünglichen Einrichtung und Construktion der Anlage begründet, (z. B. l. 8 §. 7 D. 8, 5 cuniculum pergentem in Ursi Iulii, oder beim Steinbruch an der Grenze des benachbarten (tiefer) gelegenen Grundstücks l. 8 §. 5 ibid.) oder auch in dem Verfall einer Anlage, z. B. A hat dem B erlaubt, bis an die Grenze zu bauen mit der Bedingung, daß er durch eine Dachrinne das Regenwasser ableitet; durch den Verfall der Rinne fließt aber das Wasser vom Dache des B auf das Grundstück des A[22]) — oder sie kann auch begründet sein in der natürlichen Lage der Grundstücke und in Naturgesetzen. Wasser z. B. fließt abwärts, der Rauch steigt bei Luftstille aufwärts. Durch Benutzung dieser natürlichen Lage und des Naturgesetzes kann (im Gegensatz zur künstlichen Im-

20) Seuffert, Arch. XXI, 17.

21) Daher interd. quod in l. 24 §. 4, 9. l. 15 §. 1 D. 43, 24, actio leg. Aquil. l. 39 §. 1 D. 9, 2.

22) l. 13 D. 8, 5.

Digitized by Google

miſſion) auch eine widerrechtliche Immiſſion bewirkt werden. Das drücken in l. 8 §. 5 D. 8, 5 die Worte aus: fumi autem, sicut aquae, esse immissionem; der Nachdruck in dieſer Stelle liegt auf den Worten: fumum in superiora aedificia immitti — ex superiore in inferiora aquam immittere non licet. Die Immiſſion des Rauchs aus einem tiefer gelegenen Gebäude in ein höheres mittelſt der Luft wurde bei den Römern praktiſch, weil ſie in früherer Zeit keine Schornſteine hatten[23]).

Daß der hier gegebene Begriff des immittere allein der richtige iſt und die ſogenannte indirekte Immiſſion ausſchließt, geht ſchon aus der grammatiſchen Bedeutung des Wortes hervor, denn dieſe iſt hauptſächlich eine active: hineinſchicken, machen, daß etwas von einem Punkte zu einem andern ſich hinbewegt, z. B. immittere servos in fundum, corpus in undam, flammis aliquem (Cicero und Ovid) — tignum in parietem, flumina oder stillicidia und aquam immittere (Pandekten). Allerdings hat immittere auch eine paſſive Bedeutung: hineinlaſſen, aber nur in dem Sinne von: nicht zurückhalten, was man zurückhalten kann, immittere habenas, vitem, barbam, (Varro und Virgil). Auch dieſer Sinn: nicht verhindern, daß ein Körper von unſerm Grundſtück aus in das Grundſtück des Nachbars ſich fortbewegt, paßt nicht auf die ſogenannte indirekte Immiſſion; denn man kann den Rauch, den Staub, die Funken u. dgl. nicht verhindern, in das Nachbargebiet einzudringen, wenn man die Handlung ſelbſt, die die Urſache bildet, nicht ganz unterläßt, ſobald jene Körper lediglich durch die Luft, den Wind u. dgl. bewegt und geleitet werden. Durch jenes Unterlaſſen würde jedoch die freie Bewegung des Eigenthümers völlig lahm gelegt. Nirgends in den Quellen wird man nur ein einzig Mal den Ausdruck immittere finden

23) Lübke, Realler. des klaſſ. Alterthums S. 410.

Digitized by Google

für das, was Burkhard als indirekte Immission bezeichnet, dagegen wird dabei stets nur die cautio damni infecti zur Abwehr des Schadens erwähnt. Die indirekte Immission verwischt total die Grenze zwischen dieser Caution und der Negatoria. Und wenn wir die beiden Stellen: in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat und si tamen tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit, als Signaturen beider Rechtsmittel einander gegenüber stellen, wenn wir erwägen, daß, wenn Ziegel vom Dache oder alte Bäume in das Nachbargrundstück gefallen sind und dort Pflanzen und Saaten beschädigt haben, von keiner Immission die Rede ist und nur die cautio damni inf. als zulässiges Rechtsmittel erwähnt wird [24]), so ist gewiß, daß eine Immission nicht angenommen werden kann, wenn sich die Handlung und Anlage innerhalb der Grenze des Eigenthümers hält, und nur durch Vermittelung anderer Ursachen, z. B. Windrichtung, Bodenbeschaffenheit u. dgl. eine Einwirkung auf das Nachbargrundstück geschieht [25]). Ich habe nicht finden können, daß Burkhard seine Ansicht mit Aussprüchen der röm. Juristen begründet habe.

Dagegen läßt sich die Behauptung, daß, wenn der Eigenthümer mit seinem Thun (Bauen, Graben, Backen u. dgl.) innerhalb seiner Grenze sich hält, die zufälligen und mittelbaren Einwirkungen davon auf das Nachbargrundstück lediglich der Caution unterfallen und nicht als Immissionen zu betrachten sind, noch aus folgenden Stellen nachweisen. L. 21 §. 2 D. 43, 24 sagt: in opere novo tam soli, quam coeli mensura facienda est. Diese Stelle bedeutet (und dazu liefert l. 22 §. 4 eod. ein prägnantes Beispiel: si quis projectum aut stillicidium in

24) l. 24 §. 4 u. 9 D. 39, 2. Da die Caution subsidiär ist, kann die Negatoria nicht Statt haben.

25) Abgesehn von dem Falle, wo gewisse Naturgesetze und Kräfte zur direkten Immission benutzt werden.

Digitized by Google

sepulcrum immiserit — quia sepulcrum non solum is locus, qui recipiat humationem, sed omne etiam supra id coelum), daß man zur Vermeidung einer Immission die Grenze sowohl am Boden, als auch in der Luftsäule über demselben mit dem Werke selbst, sowohl in seinem äußern Umfange (projectum), als auch in seiner nothwendigen Wirkung (stillicidium) nicht überschreiten dürfe. Das kann man von den blos zufälligen und mittelbaren Einwirkungen der Thätigkeit innerhalb der Grenze nicht sagen, weil sie unberechenbar sind und eine mensura tam soli quam coeli hier unanwendbar oder zwecklos sein muß. Weiter wird in l. 25 und 26 D. 39, 2 das Entziehn von Wasser und das luminibus officere als eine Einwirkung des in suo facere (innerhalb der Grundstücksgrenze) erwähnt und unter den Gesichtspunkt der cautio d. inf. gestellt und betrachtet. Schadensersatz freilich wird versagt, weil es sich um ein lucrum, nicht um ein wahres damnum handelt. Aber für unsere Frage bleibt doch von Gewicht, daß diese Einwirkungen bei der Erörterung der Caution zur Sprache gebracht werden. Ist es nun in der That für das betheiligte Grundstück in Hinsicht der Art der Einwirkung nicht gleich, ob ihm Wasser entzogen wird, oder ob Wasser in dasselbe eindringt (ohne eigentliche direkte Zuweisung)? — ist die Verdunkelung meiner Wohnung nicht eine eben so unangenehme Einwirkung auf mein Grundstück, als wenn mir der Wind des Nachbars Rauch zuführt? Wenn ich auf meinem Grundstücke so tief grabe, daß der Nachbarboden den Halt verliert, locker wird und die darauf stehende Mauer einstürzt, ist das nicht eben so gut eine Einwirkung auf das fremde Grundstück, als wenn aus meiner Senkgrube schädliche Gase sich in den Nachbarboden hinüber verbreiten? Wo soll da ein sachlicher Unterschied sein? —

In l. 27 §. 10 D. 9, 2 wird die Caution erwähnt in dem Falle, daß durch das Feuern im Backofen die Nachbarwand in

Digitized by Google

Brand gerathen ist; in l. 1 §. 3, 4 D. 43, 15 kann der Schade, welcher der Caution unterfällt, nur in einer Ueberschwemmung des Grundstücks, Ueberführung mit Sand und Geröll oder in einer Abspülung des Ufers u. s. w. bestehn; in l. 13 §. 2. l. 24 §. 4, §. 8 h. t. haben wir den Fall, daß durch einfallende Dachziegel oder Bäume oder andere Körper auf dem Nachbargrundstücke den vitibus vel segetibus geschadet wird. Sind denn diese Einwirkungen irgend verschieden von denen, welche durch Rauch, Gase, Staub oder Wasser hervorgebracht werden? Und doch steht unzweifelhaft fest, daß die römischen Juristen obige Einwirkungen als Immissionen nicht angesehn haben. Gegenüber den Beispielen in l. 3 §. 3 D. 39 und l. 1 §. 3 D. 43, 5, in denen von Einwirkung auf das Nachbargrundstück durch Wasser die Rede ist, sagt Ulpian in l. 2 §. 27 D. 43, 8: Proinde et si fossam quis in fundo suo faceret, ut ibi aqua collecta in viam decurrat, hoc interdicto tenebitur; immissum enim habere etiam hunc videri[26]). Ich sollte meinen, daß sich aus diesem Allen doch mit Gewißheit ergiebt, daß eine Immission nur vorhanden sein kann, wenn die Einweisung eines Körpers in fremdes Gebiet nothwendig und unmittelbar erfolgt, sei es durch die solche Einweisung bedingende Beschaffenheit der Anlage allein, oder unter Benutzung gewisser unzweifelhafter Naturgesetze.

Hoffmann macht mir den Einwurf[27]), daß Nothwendiges und Unmittelbares nicht gleichbedeutend sei, und daß die mittelbaren Eingriffe dann nothwendige seien, wenn die Naturereignisse oder sonstigen Zwischenursachen stets bei der Hand seien oder doch von Zeit zu Zeit sich wiederholen. — Er übersieht dabei, daß diese Art Nothwendigkeit, die immer nur von einer Möglichkeit ausgeht, nicht eine Nothwendigkeit ist, die in der

26) Vgl. noch §. 6 und §. 26 eod.
27) A. a. O. S. 271.

Digitized by Google

Einrichtung und Construktion der Anlage ihren Grund hat, sondern auf Dingen beruht, die extrinsecus kommen, und daß deshalb die Eingriffe immerhin nur mittelbare bleiben; die Mitwirkung von Naturereignissen ist eine zufällige, keine regelmäßige. In der Beschaffenheit der Anlage schon muß der Grund des immittere liegen, die Körper müssen durch dieselbe in fremdes Gebiet dirigirt werden[28]).

Man kann gegen den von mir aufgestellten Begriff der Immission nicht den über die Grenze gebogenen Baum, die überlaufenden Wurzeln, die überhängende Wand als Einwand erheben, weil hier von einem Hinüberleiten und Dirigiren doch nicht die Rede sein kann. Die römischen Juristen bezeichnen solche Eingriffe allerdings als Immission, immissum habere, aber lediglich im Anschluß an die äußere Form und Erscheinung gewisser Servituten, z. B. tignum immissum, moenianum oder stillicidium projectum habere, wie dies aus l. 6 §. 2 D. 47, 7 unbestreitbar sich ergiebt, — ein Beweis für meine Behauptung, daß die Eingriffe, welche der Negatoria unterfallen sollen, in der äußeren Form und Gestalt sich an gewisse Servituten anlehnen müssen.

§. 56.

Ein zweites Bedenken gegen die Burkhard'sche Doktrin besteht darin, daß dieselbe ganz prinzipios ist oder vielmehr geradezu die Prinzipien, auf denen die cautio d. inf. und die Negatoria beruhn, verwischt.

Die cautio d. inf. fußt auf dem Grundsatze: Der Eigenthümer eines Grundstücks ist nicht verpflichtet, für seinen Nach-

28) Absichtlichkeit ist nicht erforderlich, eben so wenig eine opinio juris; die objektive oder absolute Widerrechtlichkeit ist das entscheidende Moment. A. M. Wochenblatt 1862, 104. Sächs. Zeitschr. N. F. B. 20, 423, B. 34, 126.

Digitized by Google

bar zu sorgen. Wenn er sich mit seinem Haben, Handeln, Bauen u. s. w. innerhalb seiner Grundstücksgrenzen bewegt, so verhält er sich rechtmäßig (jure suo utitur), auch wenn zufällig oder in Folge von Mittelsursachen von seinem Grundstück aus eine nachtheilige Einwirkung auf das Nachbargrundstück erfolgt. Das Civilrecht kennt keine Klage auf Schadensersatz, erst durch die Caution soll eine solche aus Billigkeit vermittelt werden. Er darf die Schaden stiftende Anlage behalten, wie sie ist, wenn er nur Ersatz leistet. Wir haben also auf der einen Seite ein rechtmäßiges, erlaubtes Verhalten, auf der andern Seite nur einen Anspruch auf Entschädigung, wenn Caution gefordert worden, und noch dazu nur einen Anspruch aus nachbarlicher Billigkeit.

Ganz anders lautet der Grundgedanke der Negatoria. Der Eigenthümer, welcher auf dem Seinigen etwas hat, was in das Nachbargebiet hinüberragt, oder von dem Seinigen etwas hinüberschiebt oder hinüberleitet (immittit), handelt absolut widerrechtlich[29]), weil er faktisch seine Eigenthumsherrschaft über die Grenze hinaus erweitert. Der betheiligte Nachbar hat ein jus prohibendi und einen Anspruch darauf, daß die Immission beseitigt, resp. die Anlage weggenommen werde (tollere). Es kommt nichts darauf an, ob er ein Interesse bei der Beseitigung hat, ob die Immission ihm Schaden bringt. Der Grund der Klage ist lediglich das widerrechtliche Gebahren des Gegners (jus illi non esse, flumina immittere invito me)[30]). Ist nun das absolut Widerrechtliche nicht bedingt durch ein Interesse oder einen Schaden des Klägers, so kann auch die Statthaftigkeit der Negatoria nicht dadurch begründet werden, daß durch ein Werk, das sich innerhalb der Eigenthumsgrenze hält, möglicher Weise durch Vermittlung anderer Ursachen (ohne Zuthun des Besitzers)

29) Ihering und Burkhard selbst (S. 228) nennen es objektives Unrecht.

30) Brinz, Pand. l. c. S. 237.

Digitized by Google

eine Grenzüberschreitung erfolgt, und den Nachbar benachtheiligt. Will man darin eine Immission finden, so wird der Schwerpunkt für die Klage in den Schaden (in die Wirkung des Handelns) verlegt, während er in der Widerrechtlichkeit des Werkes an sich ruhen muß. Und nun soll der Eigenthümer, der sich ganz innerhalb seiner Grenze gehalten, der jure suo gehandelt hat, gezwungen werden, die Anlage zu beseitigen oder abzuändern! Ist es nicht einerseits genug und andrerseits zweckmäßiger, daß er Schadensersatz aus der Caution leistet und man ihm selbst überläßt, ob er abändern oder Schadensersatz fortleisten will? Wenn nach Burckhard S. 228 die Negatoria bei indirekten Immissionen beschränkt sein soll auf Fälle, wo in Folge außergewöhnlicher Benutzung, liege diese nur in der Art der Anlage oder in dem Maße des Gebrauchs derselben, in schädlicher oder lästiger Weise auf das Eigenthumsgebiet des Andern eingewirkt worden, so gestaltet sich die Negatoria zu einer reinen bedingten Schädensklage. Er beruft sich für seine Ansicht zunächst auf l. 8 §. 5 D. 8, 5: Aristo respondit, non putare se ex taberna casiaria fumum in superiora aedificia jure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittit. In dieser Stelle ist nicht von einer indirekten, sondern von einer direkten Immission unter Benutzung der Lage der Grundstücke und der Naturgesetze vom Rauche die Rede; das bezeugen die Erwähnung der servitus, und die Worte in superiora immittere — ex superiore in inferiora — sowie das Beispiel vom Steinbruch und in §. 7 der cuniculus pergens. Von einer außergewöhnlichen Benutzung ist nicht die Rede, sondern von einer Immission mit dauerndem Grunde (taberna casiaria); auch ist nicht von einem schädlichen und lästigen Rauche die Rede, sondern einfach von einer widerrechtlichen, nothwendigen Immission des Rauchs. Sie würde auch prohibirt werden können ohne diesen Erfolg. Der fumus non gravis, puta ex

Digitized by Google

foco in §. 6 ib. steht nicht im Gegensatz von §. 5; es ist hier von keiner Immission die Rede, sonst würde auch der fumus non gravis der Negatoria unterfallen. In §. 6 wird nur der Satz begründet: was zu meinen Eigenthumsbefugnissen gehört, kann ich mir nicht als Servitut bestellen lassen. Burkhard hat ganz übersehn, daß in §. 5 die Ausdrücke superiora aedificia und inferiora nicht gleichgültig und unbedeutend sind; auf ihnen ruht vielmehr der ganze Nachdruck. Dies leuchtet klar hervor aus dem Passus: et ex superiore in inferiora non aquam non quid aliud immitti licet und aus dem Axiom: fumi autem sicut aquae esse immissionem; diese Immission von Rauch und Wasser wird besonders hervorgehoben, weil man zur Immission die Lage der Grundstücke und bekannte Natur-Gesetze von Rauch und Wasser benutzen kann und hier ausnahmsweise die Stetigkeit dieser Gesetze eine Nothwendigkeit des Resultats begründet. Eben so ist die taberna casearia nicht gleichgültig, sondern sie deutet auf die causa perpetua, das fortwährende oder häufig sich wiederholende Erzeugen von Rauch hin. Von dem §. 6 der l. 5 D. 8, 5 sagt Burkhard: Die Befugniß gravem fumum immittere, puta ex foco sei nicht Inhalt einer besonderen Servitut, sondern Ausfluß des Eigenthums, wie das lavare und sedere in suo: „indem der Nachbar in Folge gesetzlicher Bestimmung derartige Eingriffe dulden müsse [31])." — Wo in aller Welt aber steht ein solches Gesetz geschrieben? und ist denn das lavare und sedere, welchem das fumum facere in foco gleich gestellt wird, ein Eingriff in das nachbarliche Eigenthum? In §. 6 wird lediglich die bekannte Regel res sua nulli servit festgestellt und erläutert. — „Damit ist natürlich zugleich die Frage beantwortet, — fährt Burkhard fort — ob der Nachbar wegen der Immission eines fumus non gravis die Negatoria habe."

31) Ja, es giebt doch eine; nach Bekker a. a. O. ist es der Satz: minima non curat Praetor!

Digitized by Google

Er verneint die Frage: „das, was in Folge der gesetzlichen Beschränkung als Ausfluß des Eigenthums erscheine, könne nicht bestritten werden.“ — Auch diese Behauptung ist unrichtig und läßt sich ohne unter zu schieben nicht aus §. 6 herausleſen. Sobald nämlich eine wirkliche Zuweiſung (Immiſſion) von Rauch Statt findet, mag ſie noch ſo gering ſein, iſt ohne Zweifel die Negatoria begründet[31a]). Sie iſt ausgeſchloſſen, wenn ich nur mit einem gewöhnlichen hauswirthſchaftlichen Feuer Rauch erzeuge und die Luft ihn in das Nachbarhaus empor trägt. Hierauf allein beſchränkt ſich die Ausnahme, welche in den Worten liegt: magis non posse agi, non licere in foco fumum non gravem facere. Dieſe Ausnahme war bei den Römern nothwendig, weil ſie keine Schornſteine kannten. Dies Alles geht klar hervor aus dem nicht abſichtslos unmittelbar angereihten §. 7: Idem in diversum probat, daß es nämlich unerlaubt iſt, durch ein Rohr den Rauch in das Nachbargebiet zu ſchicken (sei er gravis oder non gravis). Burkhard legt in die Stelle dagegen folgenden Sinn: „im umgekehrten Fall, wenn es ſich nicht um fumus non gravis ex foco handelt, liegt die Sache anders, die actio negatoria iſt ſtatthaft.“ Allein §. 7 enthält keine Andeutung von fumus gravis, und der focus iſt in §. 6 unzweifelhaft nur beiſpielsweiſe genannt (ut puta ex foco). Der Rauch kann bei den balineis vaporibus ſtark oder ſchwach ſein; das iſt völlig gleich. Entſcheidend ſind: die Immiſſion mittelſt des cuniculus pergens, und die Badeanſtalt, als causa perpetua.

So wird denn auch in l. 44 D. 47, 10 nicht zwiſchen ſtarkem reſp. läſtigem und zwiſchen gewöhnlichem Rauche (ut puta ex foco) unterſchieden, und in allen den betreffenden Stellen nicht zwiſchen einer ungewöhnlichen und gewöhnlichen Waſſerzuweiſung. L. 44 lautet: Si inferiorum dominus aedium

31a) quatenus nihil immittat, l. 8 §. 5 D. 8, 5.

Digitized by Google

superioris vicini fumigandi causa fumum faceret, aut si superior vicinus in inferiores aedes quid aut projecerit, aut infuderit, negat Labeo, injuriarum agi posse; quod falsum puto, si tamen injuriae faciendae causa immittitur. Also Labeo wollte die Injurienklage nicht einräumen, sondern offenbar nur die Negatoria gestatten, ohne daß er einen Unterschied macht, ob ein gravis oder non gravis fumus erzeugt worden. Javolenus läßt, wenn die Absicht zu kränken und zu chicaniren vorhanden, also auch bei einem schwachen resp. gewöhnlichen Rauche, die Injurienklage zu. Jener Absicht wird sicher durch den Beweis begegnet, daß die Erzeugung des Rauchs zu irgend einem vernünftigen Zwecke statt findet; dagegen kann auf die Art des Zwecks und die Masse des Rauchs nichts ankommen.

Die l. 19 pr. D. 8, 2 kann nicht zur Unterstützung der Burkhard'schen Ansicht herbeigezogen werden; sie handelt nicht von der Negatoria, sondern von der Benutzung des Miteigenthums und von dem persönlichen jus prohibendi der Miteigenthümer unter einander[32]). L. 17 §. 2 D. 8, 5: secundum cujus parietem vicinus sterculinum fecerat, enthält wiederum eine direkte Immission, der Nachdruck liegt auf secundum parietem; bei der unmittelbaren Berührung der Wand vom Dünger muß diese feucht und angegriffen werden. Wäre die Grube 4 — 5 Meter von der Wand angelegt, so würde nach Burkhard eine indirekte Immission vorhanden sein, die aber, weil hier keine außergewöhnliche Benutzung vorliegt, vom Nachbar zu dulden sein würde. Dann fragt sich, was ist außergewöhnliche Benutzung, wo hört die gewöhnliche auf? z. B. bei Bäckern hinsichtlich des Rauchs? und wie ist es mit den Gewerben, die nur zu gewissen Zeiten schwunghaft, zu andern nur schwach oder gar nicht betrieben werden (Wurstfabrika-

32) Vgl. §. 97 unten.

Digitized by Google

tion mit Dampfbetrieb)? Warum soll die gewöhnliche Benutzung einer Anlage rechtlich erlaubt, und eine fabrikmäßige unerlaubt sein? Und kommt man mit Burkhard nicht schließlich zu dem Resultat, daß eine Dampfanlage, so lange Ostwind geht, rechtlich erlaubt ist, so lange Westwind geht, widerrechtlich wird?

Die Theorie von Burkhard ist übrigens in ihrem Schlußtheile nicht neu; schon Spangenberg[33]) hat sie, wenn auch in anderem Gewande aufgestellt, und viele Rechtslehrer und Gerichtshöfe sind ihm gefolgt.

§. 57.

Meine Ansicht über die Negatoria fasse ich nun kurz dahin zusammen.

Die Negatoria hat Statt gegen die Behauptung einer Servitut Seiten des Beklagten, sowie gegen ein Thun und Verhalten (facere und habere) des Gegners, was nur auf Grund einer Servitut[34]) erlaubt sein würde. Diese von der herrschenden Ansicht abweichende Doktrin ist m. E. vollkommen in den Rechtsquellen begründet. Während die vindicatio darauf gerichtet ist, daß der Gegner kein Eigenthum am Grundstücke des Vindicanten habe, wird mit der Negatoria behauptet, daß er, abgesehn von einem Eigenthumsanspruch, ein anderes Recht nicht an dem Grundstücke des Klägers habe, welches seinen Eingriff rechtfertigen könne. Denn aus dem Rechte des Eigenthums, fremden Willen und Eingriff von dem Eignen auszuschließen, folgt darum nicht, daß die Negatoria gegen jeden „partiellen" Eingriff erhoben werden könne, weil das Eigenthum auch das Recht giebt, eine Besitzstörung mit dem Interdikt uti possidetis

33) Arch. f. civ. Prax. IX S. 270 ff.

34) Das heißt: in ihrer äußern Erscheinungsform; das Interesse (utilitas), was bei einer wirklichen Servitut erforderlich ist, kommt nicht in Frage.

Digitized by Google

und eine Vexation des Eigenthümers mit der actio injuriarum abzuwehren [35]), was alles ja auch „partielle Eingriffe" in das Eigenthum sind. Dabei jedoch wird nicht intendirt: jus tibi non esse invito me ita facere, wie bei der Negatoria; es muß also diese ein anderes Ziel haben. Das kann eben nur ein jus sein, was das Eigenthum des Klägers (Gebrauch und Bewirthschaftung) dauernd beschränken würde [36]). Der Eingriff kann nun bestehn in einem facere in meo oder in einem immittere in meum. Dieser von den römischen Juristen bei der op. novi nuntiatio namentlich [37]), aber auch anderwärts markirte Unterschied ist für die Negatoria durchgehends von Bedeutung. Bei dem facere in meo setzt sie voraus, daß entweder ein Recht dazu behauptet worden ist, oder daß ein Recht ita facere wenigstens juristisch möglich (also als Servitut denkbar) ist. Denn man kann vom Richter vernünftiger Weise nicht verlangen, daß er erkenne, der Beklagte habe kein Recht, so zu handeln, wenn ein solches Recht eine juristische Unmöglichkeit ist, und resp. vom Beklagten gar nicht in Anspruch genommen wird. Bei dem immittere in alienum verhält sich die Sache so: Was unter immittere zu verstehn sei, ist schon erklärt worden; man darf nicht von dem Seinen aus in das Nachbargebiet (resp. den Luftraum) etwas Körperliches hinein weisen, hinein leiten oder hineinschieben, wenn nicht auf Grund einer Servitut (immittere, aber auch immissum aut projectum habere). In Ansehung der Widerrechtlichkeit (einer rechtlosen Herrschaftserweiterung in das fremde Gebiet hinein) ist es nun gleichgiltig, ob das immissum oder projectum willentlich und absichtlich bewirkt worden ist, oder ob der Eigenthümer es nur zugelassen hat, z. B.

35) Vgl. §. 67 unten.

36) Sonst würden negatoria, uti possidetis und actio injuriarum in ihrer Tendenz zusammenfallen.

37) l. 5 §. 8—10 D. 39, 1.

Digitized by Google

das Neigen der Wand über die Grenze hinaus, das Wachsen des Baums und der Wurzeln in das fremde Gebiet hinein. Die römischen Juristen lassen deshalb auch hier utiliter die Klage zu, wenn auch eine Servitut in einzelnen Fällen nicht denkbar sein sollte. Aber eine Analogie der Servitut ist äußerlich vorhanden, ein immissum aut projectum; darauf berufen sie sich ausdrücklich. Diese lediglich aus dem praktischen Bedürfniß erwachsene Erweiterung der Negatoria darf man nicht zum Beweise benutzen, daß die Negatoria überhaupt gegen Eingriffe gerichtet sei, auch wenn eine Servitut nicht denkbar wäre (l. 14—16 D. 1, 3), so wenig man die Publiciana actio zum Beweise gegen die Erfordernisse und Voraussetzungen der rei vindicatio anführen kann. — Für meine Ansicht liefern folgende Fälle die klarsten Belege: die fistulae ruptae, quae inundant parietem tuum; jus mihi non esse, flumina ex meo in tuum parietem fluere (l. 13 D. 8, 5) analog dem flumina oder stillicidia immittere, l. 1 §. 17. 19 D. 39, 3. l. 17 §. 3. l. 20 §. 5 D. 8, 2 — radices recidere vicino non licebit, agere autem licebit, non esse ei jus, sicuti tignum aut protectum immissum, habere, l. 6 §. 2 D. 47, 7. Hier findet sich überall eine ausdrückliche Hinweisung auf den Inhalt einer Servitut; eben so in der Stelle: Jus tibi non esse, parietem ita habere, l. 14 §. 1 D. 8, 5 im Zusammenhalt mit l. 17 pr. eod. jus non esse, illum parietem ita projectum in suum esse invito se. Die hier vorkommenden äußeren Formen sind a. das immittere in alienum; b. das immissum habere. Das Letztere findet nur Statt, wenn das immissum von dem Grundstücke des Beklagten seinen Ausgang nehmend mit demselben noch in Verbindung steht (z. B. überlaufende Wurzeln, überragende Bäume ꝛc.). Bäume, die abgebrochen in das fremde Grundstück fallen, bilden kein immissum habere, l. 24 §. 9 D. 39, 2; wohl bleibt dem Eigenthümer der Besitz daran, aber

Digitized by Google

es läßt ſich damit nicht der Gedanke einer Herrſchaft über das betroffene Grundſtück verbinden.

Die Eingriffe, welche mit der Negatoria verfolgt werden ſollen, müſſen ferner, wie die Servituten, eine causa perpetua haben, das heißt hier: es muß ein Grund vorhanden ſein, aus dem ein dauernder Eingriff oder mindeſtens eine öftere Wiederholung deſſelben zu erwarten ſteht [38]). Auch dies Erforderniß iſt eine Signatur der Herrſchaftsanmaßung über fremdes Gebiet, die in einzelnen, nicht im Zuſammenhange ſtehenden und nur ſelten oder zufällig etwa ſich wiederholenden Handlungen nicht gefunden werden kann. Auf die causa perpetua weiſen hin: der Steinbruch, aus welchem bei dem Steinebrechen Splitter auf das Nachbargrundſtück fallen, die taberna casearia, aus welcher anhaltend Rauch immittirt wird in Folge des Räucherns, und endlich die beſtrittene l. 28 D. 8, 2 [39]). Nach Vangerow, Elvers, Burkhard u. A. ſoll darin von einer servitus fluminis non avertendi die Rede ſein, was man aus der Ueberſchrift Paulus lib. 15 ad Sabinum, worin von dieſer servitus gehandelt werde, und aus dem Beiſpiel et ideo nec ex lacu concedi aquaeductus potest, rechtfertigen will. Nach nochmaliger Prüfung der Stelle glaube ich, daß ſie Folgendes beſagen ſoll. Das bezeichnete foramen proluendi pavimenti causa kann weder ein jus fluminis immittendi begründen, noch kann durch Verjährung ein jus fluminis non avertendi erworben werden,

38) Seuffert, Arch. XXI 210, XXV 219, XXXI 115, XXXIII 4, XXXVII 143. Sintenis, Civilr. §. 52 not. 65. Hoffmann, Servitutenlehre II S. 225.

39) Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse, neque tempore acquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex coelo aquae veniat; neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit. — Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquaeductus potest. Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet.

Digitized by Google

weil zu beiden die causa perpetua mangelt. Dafür wird nun einerseits der aquaeductus ex lacu oder stagno als Beispiel angeführt, andererseits wird für das flumen immittere als Illustration das stillicidium immittere herangezogen. Obschon nämlich das Wasser nicht strömend aus dem foramen, sondern mehr tröpfelnd abfließt, so muß doch auch bei dem Tropfenfall eine perpetua naturalis causa vorhanden sein, wenn eine Servitut bestehn soll. Dieser Sinn liegt doch klar ausgesprochen in den Worten: perpetua causa esse debet. Ganz klar aber sagt l. 29[40]) eod.: Den Abfluß des Wassers aus dem foramen, so lange er nicht zum flumen sich gestaltet, sondern nur zeitweilig und in geringer Menge stattfindet, muß sich der Nachbar gefallen lassen, wie den Rauch ex foco, es steht ihm keine Negatoria zu; wenn er aber Schaden bringt, so kann er mittelst der cautio d. inf. Schadensersatz suchen. Vergebens beruft sich Burkhard auf den Steinbruch in l. 8 §. 5 D. 8, 5 und auf die Düngergrube in l. 27 §. 2 eod. Bei dem Steinbruch und dem sterculinum kommt, resp. kann ein quod manu fit in Frage kommen, Brechen von Steinen, Einbringen von Dünger und Jauche; aber die causa perpetua im Hintergrunde des manu facere liegt in der Dauer des Zwecks bei Steinbruch und Düngergrube. Der Zweck eines conclave oder triclinium bedingt aber durchaus kein Ausgießen von Wasser; es kann die Reinigung auch auf andere Weise bewirkt werden, wenn nicht die römische Sitte der Kühlung wegen Estrich und Abspülen mit Wasser vorgezogen hätte. Wir haben es dabei wieder mit einer specifisch römischen Einrichtung zu thun, die jede Analogie ausschließt. Die röm. Juristen fassen den Abgang des Scheuerwassers entschieden nicht als Immission auf. Sonst wäre es ge-

40) Si quid igitur ex eo foramine, ex quo servitus non existit, damnum vicinus sensisset, dicendum est, damni infecti stipulationem locum habere.

Digitized by Google

radezu unbegreiflich, daß hier die Negatoria nicht genannt wird, wie dies bei dem sterculinum secund. parietem geschehen ist, und daß gerade in dem Titel, in welchem von den Gebäudeservituten und resp. der Negatoria gehandelt wird, ausdrücklich die Caution hervorgehoben worden ist. Namentlich ist die Absicht der Compilatoren bei der Einfügung der l. 29 nicht zu verkennen. Es ist auch nach meiner Ansicht völlig rationell, daß das quod manu fit, d. h. was lediglich durch menschliche Thätigkeit in das Nachbargebiet geworfen, gegossen oder sonst hinüber befördert wird, die Negatoria nicht begründet. Nur in Verbindung mit einer dauernden Anlage, welche durch menschliche Thätigkeit erhalten und in Betrieb gesetzt wird, deren Zweck also durch menschliche Thätigkeit erst erreicht wird, kann das quod manu fit Gegenstand der Negatoria sein. Wenn dagegen Jemand seinen Acker pflügt und dabei die einzelnen ausgewühlten Steine auf das Nachbargrundstück wirft, ist wohl das interd. quod vi, aber nicht die Negatoria gestattet (l. 15 §. 1 D. 43, 24).

In l. 29 cit. hat foramen, ex quo servitus non consistit nicht, wie Burkhard meint, den Sinn, daß faktisch eine servitus flum. immittendi nicht bestehe, denn consistit kommt in der Bedeutung von extare oder existere nicht vor; seine gewöhnliche Bedeutung ist: rechtlich bestehn, giltig sein (Burkh. S. 248). Merkwürdig ist auch Burkhards Auffassung der causa perpetua (S. 245); diese soll in der Existenz des foramen (l. 28. l. 29 cit.), wie in dem focus und dem cuniculus (l. 8 §. 5. 7 D. 8, 5) liegen, also bei dem stillicidium in dem Dache, nicht in dem Wasser, was vom Himmel fällt, und bei dem cuniculus nicht in dem balneum! während doch bei dem foramen von Paulus ausdrücklich als causa perpetua die aqua ex coelo bezeichnet wird, im Gegensatz zu dem Wasser, das mit der Hand ausgegossen wird. Man sieht, Burkhard muß sich zu behelfen suchen, und man muß ihm zugestehn, er weiß sich zu helfen. —

Digitized by Google

Burkhard macht meiner Unterscheidung zwischen dem Hereinragen fester Körper und dem Eindringen flüssiger, luftförmiger oder gasiger Körper den Vorwurf, daß sie, wie innerlich unbegründet, so quellenwidrig sei. Es wird mir erlaubt sein, diesen Ausspruch für übereilt anzusprechen. — Die römischen Juristen haben bei dem immittere in alienum [41]) stets eine Servitut oder wenigstens einen Akt im Auge, der äußerlich die Gestalt einer Servitut an sich trägt, ein immissum oder projectum (non esse ei jus [radices], sicuti tignum aut projectum immissum habere) [42]). Die Immission setzt voraus einen Anfang oder Ausgang vom eignen Gebiete und einen Eingang oder Uebergang in fremdes Gebiet, also einen nothwendigen Zusammenhang der Erscheinung im fremden Gebiete mit dem Ausgange im eignen Gebiete. Das ist augenscheinlich bei einem festen Körper, einem Balken, einem Dache u. dgl. Dasselbe aber muß auch für die Immission flüssiger und luftförmiger Körper gelten. Ihr Erscheinen im fremden Gebiete muß im Zusammenhange stehn mit einem Thun oder einer Anlage auf dem eignen Grundstücke, und zwar in einem nothwendigen; denn erst dadurch gewinnt die damit verknüpfte Occupation des fremden Grundstücks oder Luftraums die Gestalt einer Herrschaftserweiterung. Die Nothwendigkeit und Unmittelbarkeit, welche bei dem Balken in der Festigkeit und Continuität des Körpers liegt, wird bei losen, flüssigen und luftförmigen Körpern durch die Art der Handlung oder der Vorrichtung ersetzt, welche das Eindringen derselben in das Nachbargebiet zu einem nothwendigen und unmittelbaren macht. Wenn mein Rauch vom Westwinde in das Grundstück des A, vom Ostwinde in das Gehöft des B getrieben wird, so mangelt hier offenbar die Nothwendigkeit und

41) l. 5 §. 9. 10 D. 39, 1.

42) l. 6 §. 2 D. 47, 7. Soll die Bezugnahme sicuti tignum immissum habere ganz bedeutungslos sein?

Digitized by Google

Unmittelbarkeit des Eindringens, was bei dem Einschieben eines Balkens in fremdes Gebiet vorhanden ist; es ist dann das Eindringen des Rauchs eine rein zufällige Erscheinung, bei der von einer Occupation und Herrschaftserweiterung jedenfalls nicht die Rede sein kann. — Um das Wesen der Immission zu fassen, ist vor Allem nöthig, sich von dem vagen und unjuristischen Gedanken los zu machen, als sei die Negatoria da, den Eigenthümer gegen alle Arten von Störungen und Belästigungen zu schützen.

Zur Illustrirung des Gegensatzes zwischen Caution und Negatoria gestatte ich mir noch folgende Beispiele anzuführen.

Negatoria: Wenn Jemand einen Steinbruch betreibt und vom Steinebrechen die Splitter in das Nachbargebiet fliegen [43]);

Caution: Wenn Jemand am Rande seines Steinbruchs Steine und lockere Erde angehäuft hat, und durch Wind und Wetter allmählig auf das tiefer liegende Nachbargrundstück Erde und Steine hinabgeführt werden;

Negatoria: Wenn Jemand unmittelbar an der Nachbarwand eine Düngergrube oder Senkgrube anlegt, so daß die Wand afficirt werden muß [44]);

Caution: Wenn die Anlegung dieser Gruben in einiger Entfernung von der Grenze erfolgt, aber vermöge des durchlässigen Bodens Jauche und Gase in das Nachbargebiet eindringen [45]);

Negatoria: Wenn ich von meinem ganz gewöhnlichen Kochherde durch ein Rauchrohr, das in der Wand schräg angebracht ist, wenn auch nur unbedeutenden Rauch in des Nachbars Luftraum einleite.

---

43) Sächs. Zeitschr. für Rechtspfl. N. F. Bd. 22, S. 177. Bd. 30, S. 456.

44) Seuffert XXIX, 218. XXX, 230.

45) Zeitschr. für Rechtspfl. Bd. 19 S. 262.

Digitized by Google

Caution: Ein Fabrikschornstein geht auf dem Besitzthum des A gerade in die Höhe. Der daraus entsteigende Qualm und Ruß beschädigt des Nachbars Feld oder Garten, oder die auf dem Grundstück befindlichen Sachen (z. B. bei einer Bleiche oder Trockenanstalt die Stoffe zum Bleichen u. s. w.) oder die herausfliegenden Funken fallen auf sein Haus und drohen Schaden[46]).

Aus den bisherigen Erörterungen ergiebt sich nun die Beantwortung der Frage: was muß der Nachbar vom Nachbar ruhig (ohne Widerspruch) dulden? von selber. Er braucht nichts zu dulden, was ihm wirklich (in meinem Sinne) immittirt wird, und wenn es noch so unbedeutend und gleichgiltig ist; er muß, außer dem Falle der Immission, Alles dulden, was ihm keinen Schaden bringt, denn die Caution ist nur wirksam bei einem wirklichen Schaden. Die römischen Juristen haben die obige Frage nicht mit einem Worte berührt; daß sie in l. 8 §. 6 D. 8, 5 (an quis possit ita agere, licere fumum non gravem, puto ex foco, in suo facere), nicht ventilirt wird, ist oben schon nachgewiesen worden. Für die römischen Juristen lag die Sache einfach so: Wenn einem Nachbar vom andern etwas immittirt wird, so steht ihm die Negatoria zu; wenn ferner durch die Sachen des Nachbars oder durch sein Thun auf seinem Grundstück Jemand einen Schaden leidet, so kann dieser die Caution fordern. Ist kein Scha-

46) In der Praxis wird die Negatoria meistens zugelassen bei Belästigungen durch außergewöhnlichen Gebrauch, ohne daß man eine Vorkehrung zu direkter Einleitung fordert. Seuffert, Arch. XXI, 208. XVIII, 11. XI, 114. VIII, 246. XV, 2. XIV, 208. IX, 218. XXXIII, 4. XXXII, 5, 18. XXXI, 116. XXX, 4. XXVII, 207 (Erschütterung des Nachbargrundstücks). XXXI, 312 (wegen Rauchs aus einer Lokomobile). Für meine Ansicht XVI, 8. XIV, 113. Buchka und Budde, Entscheid. IV S. 108 ff. (O.A.G. Rostock). Insbes. A. Schneider, privatr. Bestimmungen des Zürcher schen Baurechts S. 72, 73.

Digitized by Google

den nachweislich, so giebt es auch keine Klage, namentlich nicht wegen bloßer persönlicher Belästigung[47]). —

Das ist nach meiner Ansicht das Richtigste; darin liegt ein gesundes praktisches Prinzip und eine richtige Consequenz. Störungen und Belästigungen unterfallen dem Interd. uti possidetis oder der Injurienklage; wo nicht — so müssen wir zur Polizei unsre Zuflucht nehmen. Die aus römischer Sitte und Bauweise entnommenen Beispiele vom fumus ex foco und dem foramen proluendi causa dürfen uns nicht verleiten, das Prinzip zu verlassen oder zu verwischen.

§. 59.

Die Negatoria fordert von dem Beklagten das Anerkenntniß, daß ihm ein Recht an dem Grundstück des Klägers nicht zustehe (jus ei non esse etc.). Daß der Beklagte schuldig sei, die Freiheit des klägerischen Eigenthums anzuerkennen, ist ein incorrektes Petitum und Urtheil; es wird dem Beklagten etwas zugemuthet, was er gar nicht wissen kann.

Lediglich eine Folge jenes Anerkenntnisses ist die Verurtheilung desselben, den Eingriff künftig zu unterlassen, was bei einem bloßen Thun (facere), z. B. dem Gehn, Fahren über das klägerische Grundstück, Platz greift, — oder den Eingriff zu beseitigen, was bei einem opus in solo factum oder solo conjunctum resp. bei einer Immission Statt findet.

Gegen ein obrigkeitlich geprüftes und genehmigtes Unternehmen, z. B. Anlegung einer Eisenbahn, kann die Negatoria nicht erhoben werden, weil der Gegner ein Recht zur Anlage erhalten hat; es bleibt bei Beschädigungen, Erschwernissen der Bewirthschaftung dem Betheiligten nur die cautio d. infecti.

47) Sofern nicht aus besondern Gründen die in §. 67 unten erwähnten Rechtsmittel Platz greifen können.

Digitized by Google

Weiter wird mit der Negatoria auch der Ersatz des Schadens verfolgt, der durch den Eingriff verursacht worden ist. Unter Umständen wird in Hinsicht auf weitere Störungen dem Beklagten eine Caution (de non amplius turbando) auferlegt. Der Richter giebt seinem Urtheil durch Strafauflagen Nachdruck[48]).

Es wird behauptet, daß mit der Negatoria der zugefügte Schade, jedenfalls der vor dem Prozeß entstandene, nicht eingeklagt werden könne[49]). Nach Ihering, dem auch Burkhard folgt, soll in c. 5 C. 3, 34 (de servitutibus): Si quid pars adversa contra servitutem aedibus tuis debitam injuriose exstruxit, praeses prov. revocare ad pristinam formam, damni etiam ratione habita, pro sua gravitate curabit) von dem Interdikt quod vi die Rede sein; injuriose exstruere soll das injuriam comminisci in l. 1 §. 2 D. 43, 24 bedeuten. Der Gedanke ist möglich, aber nicht nothwendig und erwiesen. Es kann eben so gut die Negatoria gemeint sein, injuriose kann für sine jure stehn[50]). Offenbar ist in c. 9 eod. von der Negatoria die Rede und die Ueberschrift de servitutibus läßt für diese Klage vermuthen. C. 8 ib. wird vom Interd. quod vi zu verstehn sein, hier ist ausdrücklich hervorgehoben si vi vel clam fecisse convincatur. Indessen steht auch nichts entgegen, an die Negatoria zu denken.

Daß in l. 4 §. 2 D. 8, 5 von dem Interesse der verhinderten Partei während des Prozesses die Rede sei, kann nicht eingeräumt werden. Die Worte: id demum fructuum no-

48) l. 12. l. 14 pr. D. 8, 5, c. 8 C. 3. 34. l. 12 D. 8, 5. l. 5 §. 6 D. 7, 6. Sintenis, Civilr. §. 52, 3. Windscheid, Pand. §. 198 not. 2—6. Cfr. l. 4 §. 3 D. 10, 1.

49) Windscheid l. c. ebenfalls, auch Seuffert, Arch. XXI, 213.

50) Oder für injuste, so Dirksen, man. latinit. h. v. vgl. l. 2 §. 24 D. 1, 2. c. 3 C. 4, 10. l. 5 §. 1 D. 9, 2. Vergl. auch Heumann, Handlex. und Brissonius v. injuriose.

Digitized by Google

mine computandum, si quid sit, quod intersit agentis, servitute non prohiberi liefern keinen Beweis. Ihering legt ein Gewicht auf das Präsens prohiberi, (weiter heißt es in der Stelle von der Negatoria: quanti interest petitoris, non uti fundi sui itinere adversarium); allein dann könnte man auch in Hinsicht auf das später ergehende Urtheil ein Perfektum für den nach der Litiscontestation entstandenen Schaden desideriren, und jedenfalls hat das prohiberi und das uti itinere nicht erst mit dem Prozesse begonnen. Warum es nach Ihering erst mit der Streitbefestigung als anhebend angesehn werden soll, darüber giebt er uns keinen Aufschluß[51]). Die Klage selbst bietet kein Hinderniß, den ganzen Schaden in Betracht zu nehmen, denn sie ist eine arbitraria. Dies scheint mir l. 5 §. 4 D. 7, 6 zu bestätigen: fructuario omnis causa restituenda est — und quidquid ex re fructuarii consecutus est, possessor debebit restituere. Daß in l. 17 §. 2 D. 8, 5 der Kläger wegen Schadensersatzes auf die contio damni infecti verwiesen werde, kann ich Ihering wiederum nicht zugestehn. Der Besitzer der beschädigten Wand hat bei Anlegung der Düngergrube sich Caution bestellen lassen (si stipulatus esset), dann hat er die Klage auf Schadensersatz aus der Caution; oder er hat dies nicht gethan, dann hat er die Negat. auf tollere sterquilinium (und Schadensersatz).

Wenn Windscheid[52]) noch eine besondere Schuld des Urhebers voraussetzt, so dürfte dies zu verneinen sein. Allerdings kann man nicht auf Grund des bloßen Eigenthumsrechts einen Schadensersatz fordern, wohl aber auf Grund eines objektiven Unrechts, eines absolut widerrechtlichen Gebahrens; im Unrecht liegt die Schuld, soweit nicht vis major einen Schaden

51) Vergl. auch l. 14 §. 2 D. 39, 3: in hoc judicium (aquae pl. arc.) sicut in damni infecti, futurum damnum venit, quum reliquis fere omnibus judiciis praeteritum praestetur und l. 7 §. 1 D. 39, 2.

52) Pand. §. 198 nota 5.

Digitized by Google

herbeigeführt hat, der nicht im Eingriffe seine Ursache hat. Die obigen Stellen enthalten keine Andeutung von einer „Schuld", und selbst bei der rei vindicatio wird nicht sowohl die Schuld, als vielmehr bona und mala fides bei der Restitution betont [53]). Burkhard fügt noch einen Grund für Iherings Ansicht hinzu: „Die ganze (?) cautio d. inf. wegen vitium aedium würde unnöthig sein, wenn mit der Negat. Ersatz des zugefügten Schadens erlangt werden könnte". Der Grund würde zutreffen, wenn Burkhards Begriff von der Immission und die Zulässigkeit der Negatoria bei einer indirekten Immission richtig wäre. Dann wäre die cautio d. inf. ganz überflüssig.

Als Regel muß angenommen werden, daß, wenn der Schaden lediglich Folge des Eingriffs an sich ist, und nicht aus einem besonderen Rechtsgrunde, z. B. wegen culposer Sachbeschädigung nach der lex Aquilia, oder wegen Eigenmacht mit dem Interd. quod vi, oder auf Grund einer Caution verfolgt werden kann, derselbe nur mit der Negatoria und nicht separat eingeklagt werden darf [54]). Dieser Satz ist jedoch angezweifelt worden, indem man deducirt hat: Das rechtskräftige Urtheil, welches nicht den Schadensersatz begreife, sei auf solche Leistungen zu beschränken, welche Gegenstand des Rechtsstreits gewesen, also vom Kläger gefordert worden seien [55]). Die Gesetze selbst erkennten die nicht reine accessorische Natur der Schadensforderung bei Turbativhandlungen an, indem sie nach Erlöschen des Realrechts noch eine utilis actio auf Ersatz der Früchte einräumten [56]). — Damit ist die l. 60 pr. D. 7, 1 gemeint

53) Analog dem hoc ipso dolo facere eum, qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat, l. 1 §. 22 D. 16, 3, cfr. §. 23. Auch bei der cautio d. inf. kommt keine Schuld (culpa) in Rücksicht.

54) C. 26 C. 4, 32, c. 4 C. 4, 34. Savigny, Syst. VI S. 305. Sintenis, Civilr. I S. 347.

55) Dagegen l. 3, 5, 6, 7 D. 44, 2.

56) O.A.G. Dresden, Zeitschrift für Rechtspflege u. Verw. Bd. 18

Digitized by Google

(Bekker, Jahrb. des gem. Rechts IV, 202)[57]). — Allein man hat bei dieſem Fragment überſehn, daß die Confeſſoria als actio utilis gewährt wird, und Bekker hat nicht Recht, wenn er meint, das ſei nur von rechtshiſtoriſcher Bedeutung. Er hat nicht daran gedacht, daß es utiles actiones giebt, welche die Bedeutung von Reſtitutionsklagen haben, wenn ein Klagrecht ohne Schuld des Klagberechtigten verloren gegangen iſt; eine ſolche wird z. B. in l. 13 pr. D. 14, 3 gewährt[58]). Dies iſt in der l. 60 ausdrücklich betont: si medio tempore alio casu interciderit ususfructus. Es handelt ſich hier alſo um eine außerordentliche Rechtshilfe, die nur ausnahmsweiſe gewährt wird und die zur Begründung einer allmeinen Regel nicht geeignet erſcheint.

Ungerechtfertigt iſt ferner die Anſicht, daß der dritte Beſitzer nur patientiam zu präſtiren habe[59]). Denn die actio in rem (Negatoria) iſt gegen das Grundſtück gerichtet, welches der jedesmalige Beſitzer zu vertreten hat; ſie geht gegen den Eingriff als ſolchen, nicht gegen den Urheber des Eingriffs[60]). Folglich kann auch kein Schuldmoment hier in Frage kommen; man denke an den überhängenden Baum und die überlaufenden Wurzeln. Eine Bezugnahme auf die aquae pl. arc. actio iſt nicht zuläſſig; es handelt ſich bei dieſer um nachbarliche Beſchränkun-

---

S. 469. Dagegen O.A.G. Deſſau, Bl. für Rechtspflege in Thüringen B. 6 S. 136 ff. Sintenis, Civilr. I S. 347. Savigny, Syſt. VI, S. 305.

57) Auch l. 5 §. 3 D. 7, 4 wird angezogen, obſchon darin nur von einer perſönlichen Klage ex testamento aut dolo die Rede iſt, alſo ein ganz verſchiedener Klaggrund vorliegt.

58) Vgl. noch l. 1 §. 5 D 2, 13. l. 15 §. 5, 6 D. 43, 24. l. 8. §. 7, 9, 12 D. 16, 1.

59) Windſcheid, Pandekten §. 198 nota 4. Seuffert, Arch. XXI, 18.

60) l. 6 §. 2 D. 8, 5: hanc servitutem non hominem debere, sed rem. Vergl. §. 41 oben.

Digitized by Google

gen und gegenseitige Rücksichtnahmen; auch nicht auf die operis novi nuntiatio; hier handelt es sich um ein Delikt. Sonst wird diese Ansicht keinen Anhalt in den Quellen finden. Wohl aber kann ihr aus den Rechtsquellen begegnet werden durch Bezugnahme auf das in rem fit der operis novi nuntiatio, die ja aus der Negatoria hervorgeht, und auf die Wirkung des in rem nach l. 8 §. 7. l. 23 D. 39, 1 (non personae fit, et is demum obligatus est, qui possidet), sowie durch Bezugnahme auf l. 15 D. 8, 5: tamen et adversus possidentem (im Gegensatz zum Vormunde als Urheber) easdem aedes danda est impuberi actio, ut quod non jure factum est, tollatur. Noch weniger zusagend ist mir die Meinung Bekkers[61]), die actio in rem sei ein Anspruch des Berechtigten wider die Person des Verletzers[62]) auf gewisse positive Leistungen zu dem Zwecke, dem Berechtigten volle Entschädigung für die Verletzung zu gewähren. Die confessoria und negatoria sollen als Entschädigungsklagen von der Fortdauer des dinglichen Rechts bei dem Berechtigten unabhängig sein und sollen dem verbleiben, der sie erworben hat, wenn auch sein Recht erloschen oder auf einen Andern übergegangen sei. — Dieser Auffassung der actio in rem widerspricht die bei der Nuntiation vorkommende, oben gedachte Wirkung des in rem, sowie der klare Ausspruch der Quellen, daß bei den fraglichen Klagen das eigentliche Ziel nur die Entscheidung darüber sei, jus mihi esse invito te oder jus tibi non esse invito me hoc facere etc., daß die secundäre Richtung auf Beseitigung des Eingriffs in Eigenthum oder dingliches Recht geht, und Schadensersatz

61) Jahrb. des gem. deutsch. Rechts, IV, 202 ff.

62) Seine Deduction aus l. 25 §. 3. l. 36 §. 3 D. 5, 3. l. 27 §. 3 D. 6, 1 ist vollkommen mißlungen. Bestimmungen, welche Spitzbuben, (praedones), und ihren dolus (dolo desiit possidere) betreffen, kann man schwerlich zu einer allgemeinen Regel erheben.

Digitized by Google

nur als accessio kraft des officium judicis herzutritt. Die Klagen gehn nicht gegen den Thäter, sondern gegen das Grundstück, welches der jedesmalige Besitzer zu vertreten hat (l. 6 §. 2, 3 D. 8, 5: hanc servitutem non hominem, sed rem debere — haec actio in rem magis est, und die oben citirte l. 15 D. eod.) Wenn aber das Recht erloschen ist oder der Klagberechtigte sein Grundstück veräußert, so kann er nicht mehr sagen: jus tibi non esse invito me id facere; wo kein Eigenthum, ist kein Eigenthumsanspruch, wo kein Recht, auch keine Klage mehr. L. 60 pr. D. 7, 1 enthält, wie schon erwähnt, eine Ausnahme für einen Nothfall, den casuellen Untergang des ususfructus vor der Klagerhebung, daher actio utilis als Restitutionsklage. Daß es neben dem Anspruch auf Beseitigung des Eingriffs nicht noch einen besondern Anspruch auf Schadensersatz giebt, der von jenem unabhängig verfolgt werden kann, ist schon oben dargethan worden.

§. 60.

Aus den bisherigen Erörterungen ergiebt sich eigentlich schon zur Genüge, daß folgende in der Theorie und zum Theil in der Praxis angenommene Rechtssätze im römischen Rechte nicht begründet sein können:

1) daß eine blos wörtliche Berühmung eines zustehenden Rechts, welches den Eigenthümer nöthigen würde, etwas zu dulden oder nicht zu thun, ohne thatsächliche Aeußerung zur Begründung der Negatorienklage auslange [63]);

2) daß die Negatorienklage gegen jeden Eigenthumseingriff,

---

63) Diese Ansicht vertreten: Sintenis, Civilrecht I S. 524 not. 65b. Göschen, Vorles. II S. 42 und 65. Hoffmann, Lehre von den Servituten II S. 227. Schweppe, röm. P.-R. §. 314. Schmidt, Klagen und Einreden §. 468. Heimbach im Rechtslex. B. X S. 384. Seuffert, Arch. XIV, 273. XVIII, 117. XXXI, 205. Dagegen XVI, 11.

Digitized by Google

der sich, objektiv betrachtet, als Gegenstand eines dinglichen Rechts auffassen läßt, zulässig sei, z. B. gegen die Anmaßung eines Pfandrechts;

3) daß der Mangel der Vizinität die Negatorienklage nicht ausschließe;

4) daß die Negatorienklage zulässig sei, wenn der Eigenthümer vom Nachbar durch Lärm oder Gestank belästigt werde[64]).

Diese Sätze sind einzeln zu prüfen und die Gründe pro und contra abzuwägen.

ad. 1. Der erste Satz wird abgeleitet aus l. 5 §. 6 D. 7, 6: „sicut fructuario in rem confessoria agenti fructus praestandi sunt, ita et proprietatis domino, si negatoria actione utatur; sed in omnibus ita demum, si non sit possessor, qui agat; nam et possessori competunt (confessoria et negatoria actio)". Hier schließt man, weil dem Eigenthümer die Negatoria auch gegen die Anmaßung eines Usufruktus dann zusteht, wenn der Beklagte noch nicht im Besitze desselben ist, so muß sie folglich zulässig sein gegen denjenigen, der eine solche Berechtigung blos behauptet. Dieser Schluß kann jedoch nur dann einen logischen Zwang üben, wenn es ein tertium nicht giebt. Ein solches aber giebt es; der Beklagte, der sich noch nicht im Besitze befindet, aber ein Recht behauptet, kann Handlungen vorgenommen haben, die die Ausübung des Rechts vorbereiten, z. B. er will in das Grundstück einziehn, oder ein Feldgrundstück ackern und der Eigenthümer hat ihn prohibirt, und sich dadurch im Besitze des Grundstücks erhalten[65]).

64) Dafür sind: Stryk de jure sensuum V, 3, 18. Leyser, sp. 107 m. 4. Gesterding, Nachforsch. III S. 398. Elvers, juriſt. Zeitung 1829 S. 105. Dagegen Carpzow, dec. II, 108. Elvers a. a. O. 1828 S. 465. Holzschuher, Kasuist. II. 1. Abth. S. 82.

65) Dasselbe gilt auch von §. 2 Inst. 4, 6, welche die Gegner für ihre Meinung angezogen haben.

Digitized by Google

Eine zweite Stelle, die man für jenen Satz anzieht, ist die l. 8 §. 3 D. 8, 5: „Sed si quaeratur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat? sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sunt, eum qui servitutem sibi deberi ait, si vero non sunt immissa, eum qui negat". — Aehnlich lautet l. 14 pr. ib.: Si quum meus proprius esset paries, passus sim te immittere tigna, quae antea habueris, si nova velis immittere, prohiberi a me potes, immo etiam agere tecum potero, ut ea, quae nova immiseris, tollas". Auch in diesen Stellen lesen wir nichts davon, daß eine blos wörtliche Berühmung zur Erhebung der Negatoria genügend sei; denn daraus, daß noch keine Balken eingelegt sind, kann — wie schon erwähnt — ein logischer Schluß darauf, daß eine wörtliche Berühmung schon genüge, nicht gemacht werden, vielmehr sagt die zweite Stelle ausdrücklich si nova immittere velis, das heißt nicht, wenn du davon sprichst, sondern: wenn du Vorbereitungen triffst, einen Balken einzulegen. Also Thatsachen, die die Ausübung einer Servitut vorbereiten und den ernsten Willen des Gegners manifestiren, werden erfordert [66]).

Ueberdies besagen sämmtliche Pandektenstellen, welche Fälle der Negatorienklage behandeln, nur thatsächliche Störungen des Eigenthumsrechts, und es liegt in Wahrheit ein Bedürfniß, solchen wörtlichen Berühmungen mit der Negatoria zu begegnen, nicht im Mindesten vor, zumal gegen solche Berühmungen das ältere Recht das Rechtsmittel der Provokation ex lege diffamari, die deutsche C.Pr.O. §. 231 eine Klage auf Feststellung des Be-

66) Auch bei der operis novi nunt. werden solche Thatsachen erfordert; quoties quis in nostro aedificare vel in nostrum immittere vel projicere vult, — At si quis in suo quid faciat, quod nobis noceat —" l. 5 §. 10 D. 39, 1. Vergl. Pagenstecher, Lehre vom Eigenthum, 3. Abth. S. 186.

Digitized by Google

ſtehens oder Nichtbeſtehens eines Rechtsverhältniſſes geſtattet[67]). Wenn weiter bei der Negatoria das officium judicis dahin geht, „ne dominus inquietetur“ und „ut de futuro opere caveri debeat (ab adversario) l. 5 §. 7 D. 7, 6 und l. 12 D. 8, 5; ſo können wir ſchwerlich eine blos mündliche Berühmung für geeignet erachten, den Begriff des inquietari auszufüllen, noch für gewichtig genug, daß man eine Cautionsleiſtung de non amplius turbando deshalb decretirt habe. Sintenis[68]) will zwar die gegentheilige Anſicht damit rechtfertigen, daß er anführt, eine Rechtsverletzung ſei hier leichter zu beſorgen, z. B. bei Veräußerung eines Grundſtücks durch Verſcheuchung Kaufluſtiger, wenn der Nachbar einer Servitut ſich berühmt; er unterſcheidet jedoch nicht ſcharf genug zwiſchen Verletzung eines Rechts an der Sache, einem Eingriffe in das Eigenthum und zwiſchen Verletzung eines Vermögensrechts. Die Letztere an ſich iſt nicht Veranlaſſung der Negatoria, ſondern kann im gedachten Falle eine actio de dolo begründen[69]).

§. 61.

2) Die Behauptung, daß Gegenſtand der Negatorienklage jeder Eigenthumseingriff ſein könne, welcher objektiv betrachtet, als Objekt eines dinglichen Rechts ſich auffaſſen laſſe, iſt früher von Hoffmann, und neuerdings wieder von Zimmermann, Arch. f. prakt. Rechtswiſſ. B. II S. 311 vertheidigt worden. Wir erinnern zunächſt daran, daß die Negatoria ſich gegen die Anmaßung richtet, daß der Eigenthümer aliquid patiatur, vel non faciat in Betreff ſeiner Verfügung über Grund

67) Rechtslex. Bd. X S. 348 not. 795. Wochenbl. 1857 S. 357. A. M. Franke im Arch. für civ. Praxis Bd. 18 S. 336.

68) Sintenis, Civilr. B. I S. 524 not. 65b.

69) Die Frage, ob eine Provocationsklage zuläſſig, hat durch §. 231 der Civ.Pr.Ordn. ihre Bedeutung verloren.

Digitized by Google

und Boden, und daß kein Beispiel einer Negatoria in den Quellen gefunden wird, welches sich nicht auf solche Eingriffe oben bezeichneter Art beschränkte. Prüfen wir aber die Argumente, welche Zimmermann für das Gegentheil vorgebracht hat. Der Zweck der negatoria — sagt er — wird in l. 5 §. 7 D. 7, 6 dahin angegeben, „ne proprietatis dominus inquietetur". Wenn nun ein Dritter ein Pfandrecht an einem Grundstücke behaupte und in Folge dessen den Verkauf desselben durchsetze, so sei jedenfalls hier ein inquietari des Eigenthümers vorhanden. In der Formel für die Negatorienklage sei nichts enthalten, was eine Ausdehnung derselben auf Anmaßung dinglicher Rechte überhaupt hindere. In der Formel, wie sie Stephanus gebe, sei das Verbot jedes Eigenthumseingriffs enthalten, der sich objektiv betrachtet als Gegenstand eines dinglichen Rechts auffassen lasse. Nach l. 8 §. 6 und 7 D. 8, 5 ferner könne die Negatoria nicht darauf gerichtet werden, daß dem Gegner nicht das Recht zustehe, in seinem Hause Feuer anzumachen, zu sitzen u. s. w., weil das Gegentheil nicht Gegenstand eines dinglichen Rechts sein könne. Endlich erheische das Rechtsleben die Ausdehnung der Negatoria in behauptetem Maße. Für den speziellen Fall eines Pfandrechts sei noch l. 15 §. 4 D. 42, 1 entscheidend, falls nämlich der Richter nach summarischer Erörterung erkannt habe, daß das Eigenthum einer von ihm abgepfändeten Sache dem Schuldner zustehe. Alsdann gebe es für den Dritten, welcher das Eigenthum daran behauptet habe, kein anderes Rechtsmittel, als die Negatorienklage[70]).

Diese Beweisführung kann man in keinem Theile derselben als gelungen ansehen. Die Folgerung aus dem „ne dominus

70) Eine ähnliche Ansicht wird verfochten in den Blättern f. Rechtspflege in Thüringen, B. V S. 326. Sächs. Zeitschr. N. F. XXXVIII, 145 (gegen eingetragne Hypotheken), Seuffert, Arch. XXXII, 304 (bei Verhinderung von Dispositionen über das Grundstück).

Digitized by Google

inquietetur“ beruht auf dem sehr zweifelhaften Schlusse vom posse ad esse. Der Zusammenhang der Stelle zeigt, daß der dominus proprietatis durch den Richter geschützt werden soll gegen die Anmaßung eines unbegründeten Ususfruktus, also gegen eine Störung im Gebrauch und der Benutzung seines Grundstücks. Aehnlich ist es mit der Deduktion aus der Formel der Klage; sie beruht auf einem eben so unsicheren Schlusse. Alle in den Pandekten wahrnehmbare Formeln betreffen nur Servituten oder Verhältnisse, bei denen die äußern Erscheinungen und Formen einer Servitut vorhanden sind. Eben so unhaltbar ist die Erklärung der l. 8 §. 6, 7 D. 8, 5; denn in dem Titel 8, 5 ist nicht von dinglichen Rechten überhaupt und von Rechtsmitteln gegen deren Anmaßung die Rede, sondern es lautet die Ueberschrift „si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur“, und der folgende Paragraph mit den Worten: „idem in diversum probat, nam — placuit, potuisse talem servitutem imponi“ — erhebt uns über jeden Zweifel, daß in den vorhergehenden Paragraphen keine Anspielung auf dingliche Rechte überhaupt, sondern nur eine Beziehung auf Servituten gefunden werden kann. — Noch weniger gelungen scheint uns die Interpretation der l. 15 §. 4 D. 42, 1. In dieser Stelle wird, wie schon Savigny, System des römischen Rechts B. VI S. 438 ff. bemerkt hat, der Grundsatz entwickelt, daß die summarische Entscheidung des Richters in der Exekutionsinstanz im Fall einer Intervention hinsichtlich des Eigenthums der abgepfändeten Sache nur den Zweck habe, festzustellen, ob die Execution in die abgepfändete Sache fortgestellt werden solle oder nicht, keineswegs aber soll über das Eigenthum daran definitiv geurtheilt, vielmehr die Entscheidung darüber dem jus ordinarium, d. h. dem Vindikationsprozesse, vorbehalten bleiben. Allerdings wird nur ausdrücklich vom Schuldner gesagt, daß ihm das vorläufige De-

Digitized by Google

kret des Richters, welches sein Eigenthum nicht anerkennt, nicht zum Präjudiz gereichen könne, aber Das, was vom Schuldner gilt, der in dem anhängigen Prozesse Partei ist, muß selbstverständlich — und darum wird es eben nicht ausdrücklich erwähnt — von dem Dritten, der bei dem Prozesse nicht betheiligt ist[71]), um so mehr gelten. Es bleibt also die abgepfändete Sache, wenn der Richter in der Exekutionsinstanz das Eigenthum des intervenirenden Dritten nicht anerkennt, zwar Pfandobjekt (rem judicatam exsequentur); allein dem Dritten bleibt die Eigenthumsklage, rei vindicatio, („jure ordinario res peti") vorbehalten[72]). So ist die Sache in bester Ordnung; denn wir wissen auch aus l. 39 §. 1 D. 6, 1 und aus l. 12 §. 1 D. 20, 5, daß die rei vindicatio diejenige Klage ist, welche dem Eigenthümer einer Sache zur Wiedererlangung derselben zusteht, wenn sie auf Grund eines ungiltigen oder von einem Nichteigenthümer bestellten Pfandrechts veräußert worden ist[73]). Davon also, daß ein Bedürfniß des Rechtslebens die Ausdehnung der Negatoria in der von Zimmermann behaupteten Weise erfordere, kann jedenfalls nicht die Rede sein[74]) und namentlich nicht nach §. 231 der deutschen Civilprozeßordnung. Auf eine für ihre Ansicht sprechende Praxis können sich Zimmermann und Hofmann auch nicht berufen.

Dagegen läßt sich eine solche Gerichtspraxis nachweisen für

---

71) Für diesen bleibt die Sache res inter alios acta, daher das summatim cognoscere.

72) Rechtslexikon B. IV S. 119.

73) Vergl. noch c. 10, Cod. 4, 24.

74) Daß endlich die Negatoria zur Verfolgung unseres Eigenthumsrechtes an sich bei totaler Verletzung nicht brauchbar ist, bedarf keiner weiteren Ausführung. Bangerow, Leitf. I. §. 353 Anm. 1. Holzschuher, Kas. II 1. Abth. S. 322, const. 10 Cod. 4, 24.

Digitized by Google

Realgerechtigkeiten (Jagdrecht) und Bannrechte als Gegenstand der Negatoria[75]).

§. 62.

3. Daß der Mangel der Vicinität die Negatorienklage nicht ausschließe, sucht man in folgender Weise zu begründen. Die Unmöglichkeit der Servitutenerwerbung hindere die Anstellung der Negatoria nicht; der Eigenthümer des inmitten liegenden Grundstücks könne dem Kläger nicht präjudiziren, und endlich spreche dafür die Analogie der l. 6 pr. D. 39, 3: „si tertius vicinus opus fecit, unde decurrens aqua per fundum primi vicini mei mihi noceat, Sabinus ait, posse me vel cum primo vel cum tertio omisso primo agere; quae sententia vera est“[76]). Diese Analogie ist nach meiner Ansicht unzulässig, weil die Negatorienklage und die aquae pl. arc. actio auf ganz verschiednen Grundsätzen beruhn. Die Negatoria begreift eine Verneinung eines Rechts des Gegners, sie begegnet einer absoluten Widerrechtlichkeit desselben, während die letztere Klage aus dem Nachbarverhältniß und den daraus hervorgehenden Billigkeitsrücksichten erwächst und nur die Abwendung eines Schadens zum Gegenstande hat.

Wir haben nun oben schon nachgewiesen, daß die Negatorienklage nach den ausdrücklichen Zeugnissen der römischen Juristen nur gegen die Anmaßung von Servituten gegeben und nur auf analoge Eingriffe, bei denen die äußeren Erscheinungen einer Servitut sichtbar hervortreten, ausgedehnt worden ist. Zu diesen gehört namentlich auch die Vicinität[77]), und es

75) Glück, Pand. X S. 243. Weiske, Rechtslex. IX S. 91. Kind, quaest. for. III c. 9 p. 37 (II. ed.).

76) Sächs. Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1859 Nr. 23 S. 182. (O.A.G. in Dresden).

77) l. 14 §. 2 D. 8, 1. l. pr. D. 8, 2. l. 7 §. 1 D. 8, 3; ferner

Digitized by Google

iſt kein Fall der Negatorienklage im ganzen Corpus juris zu finden, bei welchem nicht bezüglich der Immiſſion die Vicinität ausdrücklich hervorgehoben iſt oder von ſelbſt ins Auge ſpringt [78]). Das Requiſit der Vicinität kann aber noch auf andere Weiſe nachgewieſen werden. Die operis novi nuntiatio iſt bekanntlich ein proviſoriſches Rechtsmittel für denjenigen, welchem wegen Störung des Eigenthums oder einer Servitut entweder die negatoria oder confessoria actio zu Gebote ſteht [79]), l. 1 §. 17. l. 2. l. 5 §. 8, 9. l. 15. l. 19 D. 39, 1. Dieſe Relation der Rechtsmittel berechtigt uns zu der Annahme, daß das Proviſorium jedenfalls nicht auf ſchwierigere und ſtärkere Vorausſetzungen geſtellt ſei, als die legitima actio, wie ſie Paulus in der letzten Stelle bezeichnet. Nun aber ſagt dieſer in l. 8 pr. D. eod. von der Nuntiation: „Non solum proximo vicino, sed etiam superiori opus facienti nuntiare opus novum potero; nam et servitutes quaedam intervenientibus mediis locis vel publicis vel privatis esse possunt“. Es wird alſo die o. n. nunt. gegen einen entfernteren Beſitzer lediglich aus dem Grunde geſtattet, weil auch gewiſſe Servituten rechtlich dann möglich ſind, wenn andere Grundſtücke zwiſchen dem fundus serviens und dominans liegen. Paulus weiſt uns damit auf l. 14 §. 2 D. 8, 1 und l. 1 pr. D. 8, 2 [80]) hin. Wir gewinnen ſomit den Grundſatz, daß die o. n. nunt. nur dann gegen einen entfernteren Nachbar zuläſſig

---

l. 6 §. 5 D. 19, 1: „iniquum est enim, me teneri, si propter hoc acquirere servitutem non potueris, quia dominus vicini fundi non fueris“.

78) Vergl. die Stellen, welche in §. 57 oben angeführt ſind.

79) Vergl. unten §. 25, 26.

80) „Si intercedat solum publicum, vel via publica, neque itineris actusve, neque altius tollendi servitutes impedit, sed immittendi, projiciendi, item fluminum et stillicidiorum servitutem impedit, quia caelum, quod supra id solum intercedit, liberum esse debet“.

Digitized by Google

ſein kann, wenn ein Servitutenverhältniß zu ihm möglich iſt. Dieſe Vorausſetzung müſſen wir alſo auch bei der Negatoria feſthalten. Falls nun ein Privatgrundſtück dazwiſchen liegt, werden wir die Negatorienklage dann gegen den dritten Nachbar gebrauchen können, wenn das mittlere Grundſtück mit einer entſprechenden Servitut belaſtet iſt, und dadurch ein Servitutenverhältniß zwiſchen den beiden entfernteren Grundſtücken möglich wird. Wenn alſo A das Regenwaſſer von ſeinen Dächern auf das benachbarte Grundſtück des B leitet, und es von dieſem auf das dritte Grundſtück des C fließt, ſo fragt ſich, ob B rechtlich verpflichtet iſt, dieſes Waſſer aufzunehmen oder nicht. Im erſtern Falle kann C die Negatorienklage gegen A erheben, im letztern Falle nur gegen den B.

Handelt es ſich um einen bloßen Eingriff, ſo entſcheidet das Weſen der Immiſſion, die nothwendige und unmittelbare Einleitung. Dieſe kann bei Flüſſigkeiten und Unrath auch unter Benutzung eines fließenden Gewäſſers geſchehn.

Wenn nun aber wegen einer Immiſſion die Negatorienklage darum gegen den Nachbar regelmäßig zu erheben iſt, weil von deſſen Grundſtück das immissum zunächſt in unſeren Eigenthumsbereich herüberkommt, und er als Eigenthümer ſein Grundſtück zu vertreten hat; ſo leuchtet von ſelbſt ein, daß wir bei Eigenthumsſtörungen, welche in einem Facere beſtehn, die Klage lediglich gegen den Urheber richten können, weil bei dieſer Art Eingriffen das benachbarte Grundſtück in keiner Weiſe betheiligt erſcheint. Wir können dann, wenn z. B. der dritte Nachbar ſich anmaßt, über unſer Grundſtück zu gehen, nur gegen dieſen klagen und zwar mit der Negatorienklage, wenn ein öffentlicher Weg inmitten liegt oder ein Privatgrundſtück, an welchem ihm eine Wegeſervitut zuſteht; wenn aber dies nicht der Fall, und eine Servitut nicht möglich iſt, können wir

Digitized by Google

ihn nur mit der actio injuriarum, oder mit der actio ex lege Aquilia belangen[81]). —

§. 63.

4. Die Frage, ob auch die Negatoria erhoben werden kann, wenn man von dem Nachbar durch Anstalten oder Anlagen, welche störenden Gestank oder Lärm hervorbringen, belästigt wird, muß entschieden verneint werden[82]). Wird nämlich zur Anstellung dieser Klage eine das Eigenthum störende Thatsache erfordert, bei welcher die Haupterfordernisse einer Servitut, ein facere oder immittere mit causa perpetua und Vicinität sichtbar hervortreten, und behalten wir im Auge, daß die Widerrechtlichkeit dieses Eingriffs und nicht die Belästigung oder Beschädigung des Eigenthümers das Fundament der Klage abgiebt, so kann die Entscheidung obiger Frage nur davon abhängig sein, ob wirklich eine Immission Statt hat. Liegt eine wirkliche Immission in unserem Sinne vor, also eine Anlage, durch welche Gestank und Gase nothwendig und unmittelbar in das Nachbargebiet hinüber geleitet werden, so findet die Negatoria statt; anderfalls kann nur, wenn ein Schaden nachzuweisen, durch die cautio d. inf. geholfen werden. Lärm, Geschrei u. dgl. sind weder Gegenstand der Negatoria, noch der Caution. Sie sind nichts Körperliches und afficiren das Grundstück und die darauf befindlichen Sachen in keiner Weise[83]).

Neuerdings hat Ihering und in seinem Gefolge Burkhard der Negatoria wegen Gestanks das Wort geredet unter Be-

81) Das interd. quod vi dürfte nach röm. R. nicht gestattet gewesen sein, l. 22 §. 3 D. 43, 24.

82) Dies geschieht von Spangenberg, Arch. f. civ. Prax. B. IX S. 272. v. Holzschuher, Kas. II, 1. Abth. S. 82. Seuffert, Arch. XII 123, XXI 208.

83) Spangenberg, Arch. f. civ. Prax. IX S. 273. Hagemann, pract. Erört. B. VIII, 2. Abth. not. 8.

Digitized by Google

zugnahme auf die bekannte l. 2 §. 29 D. 43, 8: Idem ait, si odore solo locus pestilentiosius fiat, non esse ab re, de re ea interdicto (ne quid in loco publico) uti. Nun spricht die Stelle nicht von jedem üblen Geruch, sondern von einem solchen, der der Gesundheit schadet. Zweitens wird ein facere oder immittere in publicum vorausgesetzt, durch welches der odor pestilens erzeugt wird. Von einer Immission in ein Privatgrundstück ist keine Rede, und kann keine Rede sein; denn wie sollte die Hineinleitung des odor ex loco publico bewirkt werden? Der Gesichtspunkt der Immission ist für die Negatoria, wie Burkhard sagt, allerdings entscheidend, aber nicht eine immissio in publicum, sondern eine immissio in das Grundstück des Klägers. Wenn der Gestank aus dem locus publicus von Luft und Wind getragen in mein Haus dringt, so steht mir das interdictum ne quid in loco publico zu [84]), aber nimmermehr eine Negatoria, weil die Immission fehlt. — Uebrigens können wir gegen Gestank und Lärm, wenn er lästig wird, die Polizei h. z. Tage zu Hilfe nehmen [85]).

Früher stellte man auch den Satz auf, daß Geschäfte und Handwerke, welche mit großem Geräusch und Lärm verbunden sind, in der Nähe der Wohnung Gelehrter, z. B. Professoren, Advokaten gegen deren Willen nicht ausgeübt werden dürfen, und man hat demgemäß auch früher bisweilen in Spruchkollegien erkannt [86]). Man stützte sich dabei auf l. unic. Cod. de studiis 11, 19; allein man findet, wenn man diese Stelle nachliest, keine Andeutung eines solchen Verbots darin, und es müßte die heutige Anwendbarkeit desselben, als eines römischen Polizeigesetzes, an sich schon bedenklich erscheinen. Nach Dem aber, was

84) Vgl. l. 2 §. 6. 12. 14 D. 43, 8. Dasselbe gilt vom locus privatus.

85) Holzschuher, Kas. II, 1, 82. Spangenberg l. c. S. 273. Hagemann, prakt. Erört. B. VIII, 2. Abth. not. 8.

86) Carpzow, def. II. c. 37, 23. Berger, oecon. juris. lib. III tit. 5 th. 21.

Digitized by Google

wir vorhin entwickelt haben, möchte wohl kein Zweifel obwalten können, daß jener Satz durchaus unbegründet ist [87]).

§. 64.

Die Frage über die Beweislast bei der Negatoria ist wiederum bestritten. Alles, was bisher schon über diesen Gegenstand geschrieben worden ist [88]), nur in einem flüchtigen Abrisse hier wieder zu geben, würde an sich schon ein dickes Buch geben, und ich fürchte, daß ich mit solcher Arbeit Niemand dienen möchte. Mir ist es dabei immer sonderbar vorgekommen, wie der natürliche und vernünftige Gedanke: daß, wenn der Eine behauptet, dieses Grundstück ist mein, ich herrsche folglich allein darüber, und der Andere erwidert: ja, wenn Du auch Eigenthümer bist, so herrsche ich doch in gewisser Beziehung auch mit darüber, ich habe ein Recht dazu, dieser Andere sein Recht beweisen muß, und nicht der Eigenthümer mit einem oft ziemlich unmöglichen Beweis, um sein Recht zu schützen, belastet werden darf, — so viele Gegner hat finden können [89]).

87) Spangenberg im Arch. f. civ. Prax. B. IX S. 273.

88) Die entgegen gesetzte Ansicht, welche hier vertheidigt wird, hat Linde, Zeitschr. f. Civilr. und Proz. B. I S. 157. Pape, ebend. B. XVI S. 194 ff. Samhaber, ebend. B. XVIII S. 133 ff. Dai Roi, Arch. f. civ. Prax. B. 40 S. 24 ausgeführt.

Unsere Ansicht vertreten Mittermaier, ebend. B. 19 S. 285. Franke, ebend. B. 21 S. 1. Rechtslex. B. X S. 340. Bangerow, Leitf. I §. 353. Windscheid, Pand. §. 198. Sintenis, Civilr. B. I §. 52 II. Die Literatur s. bei Bangerow a. a. O.

Von den Gerichtshöfen sprechen dem Kläger, wenn Beklagter im Besitze sich befindet, den Beweis der Freiheit zu: das O.A.G. in Lübeck, das O.A.G. in München. Seuffert, Archiv B. I not. 17. Die meisten der übrigen obersten Gerichtshöfe und viele Partikulargesetzgebungen entscheiden sich für unsere Ansicht.

89) Anstatt den Grundgedanken eines Instituts und das, was er dem Leben leisten soll, festzuhalten, klammert man sich an zweifelhafte Stellen an, bei deren Interpretation man Gelehrsamkeit und Scharfsinn entwickeln kann. Das hat allerdings mehr Reiz.

Digitized by Google

Ich trete der Ansicht bei, nach welcher bei der Negatorienklage das Eigenthum des Klägers das Klagfundament ist; der Kläger hat deshalb nur sein Eigenthum zu beweisen, der Beklagte aber — gleichviel, ob er im Besitze der Servitut ist, oder nicht — die von ihm behauptete Servitut, oder sein Recht zu seinem Eingriffe.

Das geben schon die Gegner zum Theil zu, daß vom logischen Standpunkte aus und nach allgemeinen Rechtsbegriffen der Beweis des Eigenthums auf Seiten des Klägers genügen würde; denn im Eigenthum sei eo ipso das Recht begriffen, einen Dritten von jeder Disposition über dasselbe auszuschließen und ihm solche zu untersagen [90]). Dem soll aber — meint man — Folgendes entgegenstehen: die Definition und Umschreibung der Negatoria in den Pandekten — die Formel der Klage, jus adversario non esse — die positive Vorschrift in l. 15 D. 39, 1 [91]). — Allerdings wird die Negatoria Servitutenklage (actio de servitute) benannt; wenn sie aber dem Usufruktuar ursprünglich verweigert wird, der doch ein starkes Interesse dabei hat, daß die Servitut nicht vorhanden sei, und dagegen betont wird, daß sie domino competere, so geht daraus hervor, daß der Schwerpunkt dabei mehr in dem Schutze des Eigenthums liegt, als in der bloßen Abwehr der Servitut [92]). Wenn weiter von der Negatoria gesagt wird, negat dominus servitutem competere, servitutem se debere, oder servitus ad alium pertinere negatur; so ist dies eine Umschreibung der Klage, auf welche man eben so wenig oder eben so viel Gewicht legen

90) Du Roi, Archiv l. c. B. 40 S. 24 ff.

91) So Du Roi l. c. Heise, ebend. S. 50 widerlegt diese Gründe, erklärt sich aber von der l. 15 D. 39, 1 für überwunden.

92) Wäre nicht das Eigenthum der Klaggrund, so ließe sich gar nicht absehn, warum sie blos dem dominus und nicht Jedem, cujus interest, wie z. B. die cautio d. infecti, gestattet sein soll. Vgl. bes. l. 2 D. 39, 1.

Digitized by Google

muß, als auf den Ausſpruch des Paulus: „ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat“[93]). Uebrigens wird an andern Stellen auch die intentio ausgedrückt mit jus mihi esse prohibendi, jus me habere altius tollendi, als Ausfluß des Eigenthumsrechts, l. 5 pr. D. 7, 6, und dabei wird vorausgeſchickt, magis de jure suo agere videatur.

Ferner wird deduzirt: Bei der confessoria bedeute in der Formel jus mihi esse nicht blos, daß dem Kläger ein Recht zuſtehe, ſondern eine Servitut, mithin müſſe bei der Negatoria das jus non esse ſo viel bedeuten, als dem Gegner ſtehe keine Servitut zu. Der Klaggrund laute hiernach auch nicht rem meam esse, ſondern jus adversario non esse, alſo ſei auch das Letztere zu beweiſen. — Allein dabei iſt zunächſt überſehn, was Schmidt ausgeführt hat[94]), daß man den Formeln von vorn herein nicht anſehn kann, ob ſie eine negatoria oder confessoria enthalten, und daß die Formel jus adversario non esse eben ſo wohl bei der Konfeſſorien- wie bei der Negatorienklage vorkommen kann. Im erſtern Fall kann aber jus non esse nicht bedeuten, daß der Gegner keine Servitut habe, ſondern daß er nicht berechtigt ſei, etwas zu thun. Wenn ferner Ulpian in l. 5 pr. D. 7, 1 das jus non esse utendi fructuario mit jus sibi esse prohibendi als gleichbedeutend hinſtellt; wenn derſelbe die Intention der Negatoria in l. 4 §. 7 D. 8, 5 mit den Worten beſchreibt jus me habere altius tollendi, und in l. 8 §. 5 l. 17 pr. D. eod. die Ausdrücke gefunden werden, jus illi non esse ita facere und jus non esse, illum parietem ita projectum in suum esse; ſo iſt Das wohl Beweiſes genug, daß das jus non esse mit servitutem se non debere nicht im Klaggrunde gleichbedeutend ſein kann. Insbeſondere geben die Worte der Formel: invito se zu erken-

93) l. 2 D. 22, 3; vgl. mit const. 19 Cod. 4, 19.

94) Siehe oben §. 53.

Digitized by Google

nen, daß das Eigenthum der Klaggrund ist; denn nur mit Zustimmung des Eigenthümers kann eine Berechtigung des Gegners zur Entstehung kommen. Der Kläger behauptet nicht in der Negatoria, daß dem Beklagten kein Servitut zustehe, sondern daß er nicht berechtigt sei, so zu handeln oder zu haben, als ob ihm eine Servitut eingeräumt worden sei! — Gerade wie die Servitut eine partielle Beschränkung des Eigenthümers umfaßt, so enthält die Formel der Negatoria ein aus dem Eigenthum abgeleitetes jus prohibendi oder jus faciendi, und es verhält sich die Negatoria zur Vindikationsklage gerade so, wie sich die Servitut zum Eigenthume verhält. Dies bestätigt auch ein Ausspruch des Scholiasten Stephanus, welchen Pernice (comm. j. Rom. duae S. 182) zur Geltung gebracht hat: „Wenn ich so klage — sagt jener — tibi jus non esse utendi fruendi invito me, oder so: Si paret mihi jus esse prohibendi te uti frui; dann thue ich kund und zeige, daß ich Eigenthümer bin, und räume den Gegner aus dem Felde durch die Nachweise meines Eigenthums[95]).

Gegen die Beweisführung aus dem Besitze des Beklagten kann Folgendes geltend gemacht werden:

Die Beweisführung aus dem commodum possessionis bei dem Eigenthumsstreite kann nicht auf die Servituten-Klagen

95) Ueber den anscheinenden Widerspruch des Theophilus ad §. 2 Inst. 4, 6 siehe Pernice l. c. pag. 185. Pagenstecher a. a. O. S. 184. In der Zeitschrift f. Civilr. N. F. B. XII S. 446 ist unsere Frage über die Beweislast auch von Reuter in sehr zuversichtlicher Weise behandelt, aber nichts Neues gerade zu Tage gefördert worden. Aus der Behauptung: bei der Negatoria sei das Dasein einer Servitut Klagobjekt, folgt noch nicht, daß der Kläger das Nicht-Dasein zu beweisen habe, l. 16 D. 22, 3; mit dem Argumente: die negatoria ist keine rei vindicatio (vgl. l. 1 §. 5 D. 43, 27) kommen wir auch nicht weiter, denn sie ist doch actio in rem, die dem Eigenthümer zum Schutze seines Eigenthums (de jure suo) zusteht; l. 5 pr. D. 7, 6. In l. un. §. 3 D. 43, 25 wird ausdrücklich dominium als Quell des jus prohibendi bezeichnet.

Digitized by Google

Anwendung leiden. Von ihnen heißt es in §. 2 Inst. 4, 6: „Quod genus actionis in controversia rerum corporalium proditum non est. Nam in his agit, qui non possidet, ei vero qui possidet, non est prodita actio, per quam neget, rem actoris esse.“ Es kann nämlich die confessoria derjenige anstellen, welcher schon im Besitz der Servitut ist, und die negatoria der Eigenthümer, wenn der Beklagte nicht im Besitze derselben sich befindet, l. 4 §. 5 D. 8, 5. l. 5 §. 6 D. 7, 6. Schon dieser Umstand muß jene Argumentation aus dem commodum possessionis zweifelhaft machen. Es muß aber weiter ein Grund vorhanden sein, warum bei Servituten auch der Besitzer klagen darf, und dieser wird kein anderer sein, als daß es bei Servituten ursprünglich keine prätorische Regelung der Prozeßrollen und für viele Servituten keinen Besitzesschutz durch Interdikte gegeben hat. Hier kann man nicht sagen, wie l. 1 §. 6 D. 42, 17 gesagt wird: „actio enim nunquam ultro possessori datur, quippe quum sufficiat ei, quod possideat“; vielmehr, weil dem Besitzer eine actio gegeben wird, muß der Besitz, d. h. der Besitzesschutz, nicht genügt haben [96]).

Wenn ich nun das ganze Eigenthumsrecht in vollster Ausdehnung an einem Grundstücke in Anspruch nehme, und den Besitzer, meinen Gegner, verdränge, sobald ich mein Eigenthum beweise; ist es wohl zu glauben, daß wenn ich nur gegen eine partielle Beschränkung des Eigenthums klagend auftrete, neben dem Eigenthum auch noch die Freiheit von der Beschränkung zu beweisen haben soll? dann wäre ja offenbar der Besitz einer Servitut weit besser gestellt, als der Eigenthumsbesitz, während nach dem Obigen gerade das umgekehrte Verhältniß Platz greifen muß. Julian sagt in l. 16 D. 8, 5: „Si a te emero, ut mihi liceat ex aedibus meis in aedes tuas stillicidium

96) Wieberhold, das int. uti possidetis, §. 48 ff. Bangerow, Pand. I §. 355 Anm. 2 und unten §. 74.

Digitized by Google

immittere, et postea te sciente ex causa emtionis immissum habeam, quaero, an ex hac causa actione quadam vel exceptione tuendus sim? Respondi: utroque auxilio me usurum.“ In dieſer Stelle wird Folgendes dargeſtellt: Der Käufer eines Traufrechts befindet ſich bereits im Beſitz der Servitut (immissum habeam) und auf ſeine Anfrage antwortet ihm der Juriſt, er habe, um ſich in ſeinem Rechte zu ſchützen, nicht nur eine Klage, ſondern auch ein exceptio. Damit kann hier nicht eine Klage „ex causa emtionis“ gemeint ſein, vielmehr weiſt die Stellung des Fragments in dem Titel: si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur, und die Ueberſchrift: Julianus libro VIII. Digestorum — dieſelbe Ueberſchrift, wie bei l. 32. l. 37 D. 8, 2. l. 27 D. 8, 3 in denen überall von Servituten gehandelt wird — darauf hin, daß unter der actio quaedam die confessoria actio zu verſtehen iſt. Die exceptio muß demnach die Vertheidigung des Käufers der Servitut gegen die Negatorienklage des Verkäufers oder deſſen Nachbeſitzers ſein, und wir entnehmen daraus, daß die Behauptung des Beklagten gegenüber der Negatoria, ihm ſtehe eine Servitut zu, reſp. das Abläugnen der Intentio, jus No No non esse, nicht bloße negative Einlaſſung ſein kann, ſondern eine wirkliche Einrede[97]) begreift, welche der Beklagte nach bekannten Rechtsregeln zu beweiſen hat[98]).

§. 65.

Das Hauptgewicht haben die Gegner immer auf die l. 15 D. 39, 1 gelegt. Sie handelt von der Strafe Ungehorſams für den Beklagten, wenn er auf eine erhobene actio in rem ſich

97) Als confessoria exceptio faßt ſie ebenfalls auf Pagenſtecher a. a. O. S. 189. Sie kann ſein exc. pacti conventi, except. praescriptionis u. ſ. w.

98) l. 19 pr. D. 22, 3. l. 1 D. 44, 1 c. 16 Cod. 4, 19.

Digitized by Google

nicht vertheidigte. Bei dieſen Klagen fand kein direkter Zwang zur Vertheidigung Statt und keine Verurtheilung in contumaciam, ſondern es wurde vom Richter auf einen Wechſel der Prozeßrollen erkannt; der Kläger wurde zum possessor erklärt und als ſolcher im Beſitze der Sache ſo lange geſchützt, bis der bisherige Beklagte (als petitor) ſein Recht an der Sache im Rechtswege geltend gemacht hatte [99]). Von ſelbſt verſtand ſich, daß dieſer nun als Kläger ſein Recht, alſo der Eigenthümer ſein Eigenthum, der Hypothekgläubiger ſein Pfandrecht ꝛc. zu beweiſen hatte. In den Quellen wird dies nicht ausdrücklich geſagt; aber es wird auch nichts davon erwähnt, daß der petitor in dieſem Falle zur Strafe Ungehorſams einen weiter gehenden Beweis, z. B. daß dem Gegner kein Recht an der Sache zuſtehe, zu übernehmen habe [100]).

Von den Klagen wegen Bauwerken handeln zwei Stellen. In der erſten haben wir einen ſchon vollendeten, in der zweiten einen beginnenden Bau vor uns. Es lautet l. 45 D. 39, 2: „Aedificatum habes; ago tibi jus non esse habere; non defendis. Ad me possessio transferenda, ut demolitio fiat, nisi intra certum tempus egeris, jus tibi esse aedifica-

99) Rudorff, Rechtsgeſchichte II S. 240. Jahrb. f. gem. Recht von Bekker B. 4 S. 149.

100) l. 80 D. 6, 1: „In rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui dicere, se non possidere, ita tamen, ut, si possit adversarius convincere, rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per judicem, licet suam esse non approbaverit.“ l. 6 §. 6 D. de edict. Carboniano: „Sed et si non caverit, si nunc caverit, si nunc paratus sit cavere, quasi possessor conveniendus est. Quodsi nunc non caveat, possessio transfertur adversario satis offerente perinde atque si nunc primum ab eo peteretur hereditas.“ l. 7 §. 19 D. 42, 4: „Divus quoque Pius in persona ejus, qui hereditatem possidens copiam sui non faciebat, rescripsit, in possessionem rerum hereditariarum adversarium inducendum. Vergl. noch l. un. Cod. 8, 6.

Digitized by Google

tum habere.“ Also Besitzübertragung und Androhung der Demolition, wenn nicht binnen bestimmter Zeit das jus aedificandi im Klagwege (confessoria) nachgewiesen wird. Die zweite Stelle, l. 15 D. 39, 1[101]) steht in enger Beziehung zur op. novi nuntiatio, wie Stellung, Ueberschrift und Inhalt ausweisen. Dies ist für die Interpretation von Belang. Der Bau hat begonnen, aber ist nicht vollendet und die Nuntiation erfolgt. Der Bauunternehmer wird mit der Negatoria belangt und bleibt ungehorsam aus; er muß caviren, daß er nicht weiter bauen will, bevor er im Klagwege (confessoria) sein jus aedificandi (Servitut) nachgewiesen hat. Wenn aber der Bauunternehmer mit der confessoria geklagt hat und der Gegner ist ungehorsam, so muß dieser caviren, daß er nicht nuntiiren und den Kläger nicht im Bauen stören will. Er ist also genöthigt, um den Eingriff zu beseitigen, als Kläger aufzutreten, sein jus prohibendi (Negatoria) geltend zu machen und sein Eigenthum zu beweisen, was er, wenn er hätte nuntiiren dürfen, nicht nöthig gehabt hätte. Im ersten Falle bringt sich der Ungehorsame um das Recht, Caution zu leisten und auf Grund des Baubesitzers fortzubauen. — Darin kann doch kein Beweis dafür gefunden werden, daß bei der Negatoria der Eigenthümer mehr als sein Eigenthum zu beweisen habe. Der Ausdruck: de jure suo probare[102]) bezieht sich offenbar auf das bei der Nun-

101) „Si, priusquam aedificatum esset, ageretur, jus vicino non esse aedes altius tollere, nec res ab eo defenderetur, partes judicis non alias futuras fuisse, quam ut eum, cum quo ageretur, cavere juberet, non prius se aedificaturum, quam ultro egisset, jus sibi esse altius tollere. Idemque e contrario, si quum quis agere vellet, jus sibi esse invito altero altius tollere, eo non defendente, similiter, inquit, officio judicis continebitur, ut cavere adversarium juberet, nec opus novum se nuntiaturum, nec aedificanti vim facturum. Eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut de jure suo probare necesse haberet; id enim esse, petitoris partes sustinere.

102) Vgl. über diesen Ausdruck l. 7 D. 43, 20. l. 8 §. 13 D. 43, 19.

Digitized by Google

tiation in Frage kommende jus aedificandi auf der einen, und das jus prohibendi auf der andern Seite. Dies jus prohib. muß namentlich der Eigenthümer ꝛc. auch nachweiſen, wenn vom Bauunternehmer Remiſſion gegen die Nuntiation erlangt wird; auch dieſer Remiſſion geht der ungehorſame Beklagte im erſten Falle verluſtig, (vgl. l. un. §. 3 D. 43, 25).

Die von den Gegnern weiter angezogne l. 8 §. 3 D. 8, 5 ſpricht gar nicht von der Beweislaſt, ſondern von der Prozeßrolle: possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sunt, eum qui servitutem sibi deberi ait; es muß alſo der Gegner, der die Servitut beſtreitet, als Kläger auftreten, — si non sunt immissa. Dieſer Negans kann alſo mit der operis novi nuntiatio reſp. interd. quod vi ſich in ſeinem Quaſi-Beſitzſtande ſchützen, und der Gegner muß die Klägerrolle übernehmen, d. h. ſein jus immittendi nachweiſen. — Im erſten Falle iſt nicht mit einer Silbe angedeutet, was der Kläger bei der Negatoria zu beweiſen habe.

Die l. 5 §. 10 D. 39, 1, aus der die Gegner auch ein Argument für ſich entlehnen, ceterum novi operis nuntiatione possessorem eum faciemus, cui nuntiaverimus (cfr. l. 1 §. 6 eod.), ſpricht bekanntlich nur von dem Baubeſitz, den der Gegner durch die Caution erlangt, nicht aber von der Prozeßrolle im petitoriſchen Prozeß[103]).

Die aus l. 14 D. 22, 3 und l. 7 §. 5 D. 40, 12 (de liberali causa) entlehnte Analogie erſcheint durchaus unzuläſſig[104]).

Die frühere Theorie und Praxis forderte für den Beweis des Klägers bei der Negatoria nur den Beweis des Beſitzes, ſpä-

---

103) Für die von mir vertheidigte, herrſchende Meinung ſind Pufendorf, Kind, Puchta, Heffter, Mittermaier, Franke, Sintenis, Arndts, Bangerow, Windſcheid. Vergl. über das Nähere dieſer Controverſe Bangerow §. 353 Anm. 2. — Vgl. §. 84 unten.

104) Siehe Bangerow l. c. Anm. 2 d.

Digitized by Google

ter die Bescheinigung des Eigenthums; neuerdings wird als Regel aufgestellt, daß der Kläger sein Eigenthum im geordneten Prozeßverfahren und vollständig zu beweisen habe[105]). Dies ist wohl cum grano salis zu verstehn; es genügt für den Zweck des Prozesses offenbar, wenn der Kläger Rechtstitel und Uebergabe des Grundstücks beweist, oder durch einen Auszug aus dem Grund- und Hypothekenbuche (nach sächsischer Einrichtung) und durch seinen Kaufbrief u. dgl. seinen Beweis antritt, da ja der Gegner nicht das Eigenthum prätendirt, sondern nur eine Beschränkung desselben.

Es erübrigt noch der Beweis, daß das Eigenthum nach seinem Begriff und Wesen die Servitut ausschließe.

Gegen Borst's Beweisführung: „ein Grundstück ist frei, wenn keine Servitut darauf haftet, die Servitut wird nicht vermuthet, aber auch die Freiheit nicht ꝛc." läßt sich einhalten, daß eine Servitut nur aus dem Eigenthum hervorgehn kann. Die Römer bezeichnen deshalb das Belasten des Grundstücks mit einer Servitut als alienatio, l. 28 D. de verbor. signif. Eine alienatio aber wird nach den Grundsätzen über die Beweislast niemals vermuthet[106]), sondern derjenige, welcher sie behauptet und daraus sein Recht ableitet, muß sie beweisen.

Wenn nun weiter Pomponius sagt: „Servitutum ea natura est, ut aliquid patiatur quis aut non faciat", wobei unter dem quis nur der dominus fundi verstanden werden kann, so ist damit der ganze Gedanke noch nicht erschöpft, sondern es gehört nothwendig und unbezweifelt noch der Satz hinzu: „was er ohne die Servitut als dominus nicht hätte zu leiden oder zu unterlassen brauchen[107])." Hieraus

105) Glück, Pand. X S. 247. Bangerow, Pand. I §. 353 Anmerk. 2. Puchta, Rhein. Mus. I S. 165 l. 5 pr. D. 7, 6. Heimbach, Rslex. X S. 344 ff.

106) c. 16 Cod. 4, 19.

107) Eben so in l. 6 §. 2 D. 8, 5: „Gallus putat, non posse servi-

Digitized by Google

geht hervor, daß im Wesen des Eigenthums die Befugniß liegt, jeden, der mich zwingen will, auf meinem Grundstücke etwas zu leiden oder nicht zu thun, gerichtlich zu verfolgen. Denn es ist nach dem eben citirten Fragmente dem Eigenthume kraft seines Wesens und Begriffes fremd (alienum), daß der Eigenthümer einem Andern zu Gunsten etwas leide oder unterlasse, und wenn Jemand klagt: jus illi non esse ire per fundum meum invito me, so sagt er nichts weiter, als: ich will nichts leiden und unterlassen, wozu ich als Eigenthümer an sich nicht verpflichtet bin und wozu ich mich nicht verbindlich gemacht habe. Es ist also das Eigenthum der Klaggrund der Negatoria, weil in dem Eigenthum nach seinem Begriff und Wesen die Befugniß liegt, Servituten und ähnliche Eingriffe auszuschließen. Thatsachen, durch welche diese Befugniß beschränkt wird, sind nach bekannten Rechtssätzen zu beweisen.

Dieses Resultat entspricht auch der Anschauung der röm. Juristen, l. 5 pr. D. 7, 6. Im Eingange zeigt Ulpian, daß der Eigenthümer die confessoria nicht haben könne, weil es kein im Eigenthumsrecht enthaltenes separates Recht des Nießbrauchs gebe. Dann fährt er fort: „Nec enim potest ei suus fundus servire; de suo enim, non de alieno jure quemque agere oportet. Quanquam enim actio negatoria domino competit adversus fructuarium, magis tamen de jure suo agere videtur, quam alieno, cum invito se negat jus esse utendi fructuario, vel sibi jus esse prohibendi. Quodsi forte qui agit dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius jus utendi non habet, vincet tamen jure, quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant.“ Damit will Ul-

tutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet.“ Auch hier muß hinzugedacht werden: woran er mich außerdem als Eigenthümer verhindern könnte. Das ist das jus prohibendi in l. 5 pr. D. 7, 6.

Digitized by Google

pian sagen: obschon dem Eigenthümer die Negatoria gegen den, der sich als Usufruktuar gerirt, zusteht, so führt er hier doch Prozeß über sein eigenes im Eigenthum begriffenes Recht mit dem jus prohibendi, nicht aber über ein vom Eigenthume geschiedenes Recht. Da nun seine Klage zum Schutze seines Eigenthums dienen soll, so muß er auch beweisen, daß er Eigenthümer ist, und beweist er dies nicht, so bleibt der Nutznießer im Besitze des Ususfruktus. — Hieraus geht einmal hervor, daß der Eigenthümer bei der Negatoria nicht über ein fremdes Recht, über die Servitut (daß sie nicht existire) Beweis zu führen hat, denn er klagt nur de suo jure, suum jus, sein Eigenthum ist der Klaggrund; suum jus ist es, wenn er leugnet, jus esse utendi fructuario. Andernseits aber ergiebt die Verbindungspartikel quodsi, daß Ulpian gerade hier zeigen will, worauf es bei der Klage und bei dem Beweise der Klage ankomme. Man kann also nicht annehmen, daß er die copula: sive non probet, jus adversario non esse, utendi fruendi, hier weggelassen habe. Wenn aber Heise[108]) diese Argumentation darum bezweifelt, weil ein Unterschied zwischen Personal- und Realservituten zu machen sei und bei dem Ususfruktus hier in Erwägung komme, daß er pars dominii sei, so hat er übersehn, daß Ulpian einen andern Grund ausdrücklich bezeichnet, welcher auf Personal- wie auf Real-Servituten paßt, nämlich: „Nec enim potest ei suus fundus servire“ oder wie die Regel sonst ausgedrückt wird: res sua nemini servit. Ein weiteres Zeugniß, daß bei der Negatoria lediglich das Eigenthum den Klaggrund bildet und das jus prohibendi oder jus adversario non esse lediglich logische Folgerung daraus ist, ersehn wir aus l. 5 §. 9 D. 39, 1: „Et belle Sextus Pedius definit: triplicem esse causam

108) Archiv f. civ. Prax. B. 40 S. 55. Der Ausdruck pars dominii ist nicht wörtlich und streng zu nehmen, und läßt keine juristischen Konsequenzen zu; er betrifft nicht die res, sondern nur ihren Nutzen.

Digitized by Google

operis novi nuntiationis, aut naturalem, aut publicam, aut impositiciam; naturalem, quum in nostras aedes quid immittitur, aut aedificatur in nostro — impositiciam, quum quis posteaquam jus suum diminuit, alterius auxit, hoc est, posteaquam servitutem aedibus suis imposuit, contra servitutem fecit". Wir wiſſen, daß die operis novi nunt. nichts anderes iſt, als ein proviſoriſches Rechtsmittel für die negatoria oder confessoria actio, und in ihren Hauptbeziehungen entweder zum Schutze des Eigenthums gegen eine angemaßte Servitut, oder zum Schutze des Beſitzes einer zuſtändigen Servitut dienen ſoll. Dies drückt Ulpian in einer andern Stelle ſo aus: „Jus habet opus novum nuntiandi, qui aut dominium aut servitutem habet", l. un. §. 3 D. 43, 25. Halten wir beide Stellen zuſammen, ſo entſpricht dem „qui dominium habet" die causa naturalis und dem „qui servitutem habet" die causa impositicia. Wenn nun von der o. n. n. als Vorläuferin der confessoria geſagt wird, causam esse impositiciam, und posteaquam jus suum diminuit etc. ſo beweiſt das zunächſt, daß das Eigenthum an ſich als frei von Servituten angeſehn werden muß, und daß erſt die Thatſache des diminuere jus suum, das factum impositionis, erforderlich wird, um eine Servitut annehmen zu können. Eine ſolche Thatſache kann nicht vermuthet, ſie muß bewieſen werden. Der causa impositicia — wo der Grund darin liegt, daß der Eigenthümer ſich eine Beſchränkung auferlegt hat, „posteaquam imposuit" — wird die naturalis causa [109]) entgegengeſetzt, wenn nämlich das Fundament der o. n. n. in dem Weſen der Sache von ſelbſt gegeben iſt. Dies iſt nun der Fall bei dem-

109) Die Erklärung von Bangerow, Leitfaden III S. 505 iſt entſchieden unrichtig. Rudorff, Jahrb. des gem. Rechts v. Bekker 4. B. S. 122 überſetzt die causa naturalis „auf die natürliche Freiheit des Grundeigenthums geſtützt."

Digitized by Google

jenigen, von dem Ulpian sagt: „qui dominium habet", — und die naturalis causa ist also gleichbedeutend mit natura dominii. Da nun die o. n. nuntiatio die Vorläuferin der Negatoria ist, und da hier das Eigenthum als naturalis causa bei der Rechtsmittel gegen die Anmaßung von Servituten bezeichnet wird, so folgt doch nothwendig hieraus, daß im Wesen des Eigenthums an und für sich (natura dominii) der Klaggrund für jene Rechtsmittel enthalten sei.

Zu demselben Resultate führt uns die bereits erwähnte l. un. §. 3 D. 43, 25: „jus habet opus novum nuntiandi, qui aut dominium aut servitutem habet." Hiermit kann Ulpian, von dem das Fragment stammt, nicht die Legitimation zur Nuntiation bezeichnen, denn nach §. 5 gesteht er auch dem creditor pigneraticius (vergl. l. 10 D. 39, 1) und in l. 3 §. 3 D. 39, 1 auch dem Superfiziar die Nuntiation zu, während er in l. 1 §. 20. l. 2 D. eod. dem Usufruktuar suo nomine sie versagt. Der obige Ausspruch Ulpians kann demnach nur von dem Rechtsgrunde der Nuntiation verstanden werden und bedeutet, daß der Grund der Nuntiation entweder in dem Eigenthume oder in einer Servitut beruhe. Es ist klar, daß Das, was von der Nuntiation, als Vorläuferin der Negatoria und Konfessoria gilt, auch von diesen beiden Klagen gelten kann [110]). Dem „qui dominium habet" entspricht die Negatoria, dem „qui servitutem habet", die Confessoria, und so erhalten wir das Facit: Bei der Negatoria ist der Klaggrund das Eigenthum, bei der Konfessoria die Servitut. —

Mit der Negatorienklage kann aber auch derjenige belangt werden, welchem zwar eine Servitut zugestanden wird, der sie jedoch weiter ausdehnt, als ihm zukommt, sie mißbraucht (nicht

110) Vergl. oben §. 73 und 77 unten.

Digitized by Google

civiliter braucht) oder überhaupt Veränderungen am dienenden Grundstücke sich erlaubt, welche nach dem Inhalte der Servitut nicht erlaubt sind [111]). Auch hier existiren Controversen über die Beweislast [112]). Nach meiner Ansicht sind folgende Fälle zu unterscheiden. Der Kläger räumt zwar die Servitut ein, bestreitet aber den behaupteten Umfang derselben; in diesem Falle hat der Beklagte den weiteren Umfang der Servitut zu beweisen, z. B. wie viel Wasser er leiten, wie viel Schafe auf das fremde Grundstück er auftreiben darf, daß ihm zu jeder Jahreszeit über das klägerische Feld zu fahren erlaubt sei, und dergl. Denn dieser Umfang der Servitut bildet zugleich den Inhalt derselben; eine gesetzliche Präsumtion für einen bestimmten Umfang einer Real-Servitut gibt es nicht [113]) (außer den sogenannten adminicula servitutis), und der Umfang der Servitut ist deshalb als eine Thatsache anzusehen, von welcher sein Recht abhängt, und die darum der Beklagte auch beweisen muß [114]).

Der andere Fall ist der, wenn der Kläger die Servitut einräumt, aber Thatsachen behauptet, durch welche sie — nachdem sie schon in Uebung gewesen — beschränkt, modifizirt oder wieder aufgehoben worden sein soll. In diesem Falle muß der Kläger diese Thatsachen beweisen, weil nach bekannten Rechts-

---

111) l. 14 D. l. 9 pr. D. 8, 5. l. 11 pr. D. 8, 6. Glück, Pand. X S. 237.

112) Vergl. Emminghaus, corp. jur. germ. 2. eod. S. 893. Holzschuher, Kas. 2. Thl. 2. Abth. S. 325. Seuffert, Arch. B. 1 no. 18. B. 2 no. 255.

113) A. A. ist Hommel, rhaph. obs. 34. Siehe dagegen Elvers, Lehre von den Servituten S. 134—138.

114) Zeitschrift f. Civilr. und Proz. B. XVII S. 299. Vergl. Holzschuher, Kas. II 1. Abth. S. 325. A. M. Pagenstecher a. a. O. S. 192. Pernice l. c. pag. 200. — „naturgemäße Unbeschränktheit des Servitutenrechts wird bis zum Beweis des Gegentheils vermuthet." Dies dürfte eine contradictio in adjectum sein, weil die Servitut eine Beschränkung ist.

Digitized by Google

regeln die Fortdauer eines ins Leben getretenen Rechtsverhältnisses in seinem vollen Umfange so lange vermuthet wird, bis das Erlöschen desselben oder eine Abänderung daran erwiesen wird [115]).

Außer diesen beiden Hauptfällen lassen sich aber noch verschiedene Fälle denken, welche in mannichfachen Schattirungen von jenen abweichend sich darstellen. Für diese läßt sich eine allgemein giltige Regel nach meinem Dafürhalten nicht geben. Sie sind nach den eben gegebenen beiden Hauptsätzen und nach den Vorschriften von der Beweislast im Einzelnen zu beurtheilen. Auf den Quasibesitz der Ausdehnung, welche Beklagter behauptet, kann auch hier nichts ankommen [116]).

§. 66.

Wir müssen auch die Frage: wer ist die Negatoria anzustellen befugt und gegen wen kann sie erhoben werden? noch kurz berühren, weil auch hier Zweifel aufgetaucht sind. Halten wir den Hauptsatz fest im Auge, daß bei der Negatorienklage das Eigenthum (die ausschließliche Herrschaft über das Grundstück) den Klaggrund bildet, und daß diese Klage nur gegen die Anmaßung von Servituten und servitutähnlichen Eingriffen in das Eigenthum laut der Quellen gestattet wird, so kann obige Frage nur dahin beantwortet werden, daß nur der Eigenthümer des einen Grundstücks sie erheben, und was Realservituten und analoge Anmaßungen anlangt, sie nur gegen den Eigenthümer des andern Grundstücks richten kann. Dies bestätigen auch, was die Berechtigung zur Klagerhebung anlangt, die Quellen, indem sie ausdrücklich den Eigenthümer als Kläger bezeichnen; z. B. l. 2 pr. D. 8, 5: „nega-

115) Glück, Pand. X S. 259. Kind, quaest. for. Tom. I. 195 p. 409.

116) A. M. das O.A.G. in München, Seuffert, Arch. B. I no. 18.

Digitized by Google

toria (competit) domino, qui negat“ — l. 4 §. 7 ib.: „Competit etiam de servitute actio domino aedificii, neganti se servitutem vicino debere“. — l. 5 pr. D. 7, 6: „actio negatoria domino competit“. — Der Usufruktuar hat demnach weder die confessoria [117]), noch die negatoria actio, und folglich auch nicht die op. novi nuntiatio. l. 1 pr. 5 §. 1 D. 7, 6. l. 2 §. 2 D. 8, 5. l. 1 §. 20. l. 2 D. 39, 1. Daſſelbe gilt mithin auch von dem Pachter. — Dagegen wird man in Folge des Motivs, welches Ulpian in l. 3 §. 3 D. 39, 1 anführt: „Si ego superficiarius sim, et opus novum fiat a vicino, an possim nuntiare? Movet, quod quasi inquilinus sum. Sed Praetor mihi utilem in rem actionem dat, et ideo et servitutum causa actio mihi dabitur, et op. n. nuntiatio debet mihi concedi“ — kein Bedenken tragen können, die Negatoria nicht nur dem Superfiziar und Emphyteuta, ſondern auch dem creditor pigneraticius und dem bonae fidei possessor zu geſtatten. Nach Ulpians Meinung muß derjenige, welcher das ganze Grundſtück vindiziren kann, auch die Servitut, als pars oder qualitas fundi, negatoriſch oder konfeſſoriſch vindiziren können. In dem Ausdrucke servitutum causa actio mihi dabitur ſind beide Klagen, die konfeſſoriſche und negatoriſche begriffen (l. 4 §. 7 D. 8, 5), wie die op. n. nuntiatio, welche er dem Superfiziar geſtattet, ebenfalls auf beide Klagen ſich bezieht.

Die Frage, gegen wen die Negatorienklage angeſtrengt werden kann, wird meiſt dahin beantwortet: gegen jeden Störer, gegen Jeden, der einen Eingriff ſich erlaubt. So natürlich dieſe Antwort erſcheint, ſo iſt ſie dennoch unrichtig [118]).

117) d. h. er kann nur ſeinen Uſufruktus, nicht die dem Grundſtücke zuſtehende Servitut vindiziren. Bei dem Pfandgläubiger kommt in Rückſicht, daß der Werth des Grundſtücks durch Servituten weſentlich alterirt werden kann.

118) Die Lehrbücher ſchweigen über dieſe Frage.

Digitized by Google

Man stützt diese Ansicht auf l. 8 §. 5 D. 8, 5, worin die Negatoria gegen die Miether der taberna casearia wegen Immission von Rauch zugelassen wird. Wohin jedoch diese Ansicht führt, sehn wir aus dem Rechtsfalle, welcher in den Blättern f. Rechtspfl. in Thür. Bd. 26 S. 193 ff. referirt wird. Die Mutter, als Nutznießerin eines Hauses, hat dem Nachbar die Fenster verbaut und ist rechtskräftig verurtheilt worden, den Bau zu beseitigen. In der Exekutionsinstanz erhoben nun ihre Kinder, als Eigenthümer des Hauses, die Negatoria gegen den Kläger, darauf gestützt, daß das von ihrer Mutter Gebauete ihr Eigenthum geworden sei, und darauf gerichtet, daß der Gegner kein Recht habe, die Niederlegung des Baues zu beanspruchen ꝛc. In letzter Instanz (O.A. Jena durch die Würzburger Fakultät) wurde die Servitut aberkannt und der Beklagte (Kläger im ersten Prozesse) verurtheilt, sich aller Störungen und Anfechtungen des Baues zu enthalten, so daß das Schlußurtheil des ersten Prozesses unausführbar wurde [119]).

Man muß nach der Natur der Sache unterscheiden zwischen Störungen, die eine bleibende Veränderung am Grundstück nicht hinterlassen (facere), z. B. Gehn, Fahren über ein Grundstück, Verhindern des Gegners am Bessern eines Wegs u. dgl., bei welchem das Urtheil nur auf ein Unterlassen dieses facere gehn kann, und zwischen Eingriffen, die eine Veränderung am Grundstück herbeiführen (opus in solo factum resp. Immissionen), bei denen es sich im Urtheil um ein Beseitigen resp. Abändern des Gemachten (factum) handelt. Bei der ersten Art von Eingriffen kann jeder Störer (vgl. §. 62) belangt werden; es hat aber der Besitzer für seine Angehörigen und seine Leute, denen er befehlen kann, einzustehn [120]). Bei der zweiten Art

119) Der Laie denkt dabei sicherlich an die wächserne Nase der Justiz.

120) l. 5 §. 1 D. 7, 6. l. 18 D. 8, 5. l. 4 §. 2. l. 8 §. 5 eod. l. 10 §. 1. In l. 8 §. 5 cit. handelt es sich nur um Unterlassen des Räucherns.

Digitized by Google

Eingriffen kann nur der Eigenthümer des Grundstücks verklagt werden, denn nur ihm kann die Beseitigung des Werks (tollere, restituere) aufgegeben werden, nur ihm gegenüber kann der Kläger sagen: jus tibi non esse invito me ita facere, weil ein Nichteigenthümer an sich schon dazu nicht berechtigt ist resp. ein Recht nicht erwerben kann. Dies gilt selbstverständlich auch, wo es sich blos um ein habere handelt, z. B. arborem impendentem. Daß nur der Eigenthümer restituiren kann, ist bekannt, l. 2 §. 37 D. 43, 8[121]), und in l. 5 §. 1 D. 7, 6, in l. 4 §. 4, 5, 7 D. 8, 5 wird stets nur des Besitzers als Beklagten gedacht. Durchschlagend ist l. 15 D. 8, 5. Der Vormund hat sein Haus erhöht und dadurch dem Hause seiner Mündel das Licht verbaut gegen die dem Hause zustehende Gerechtigkeit. Hier wird die Negatoria nur gegen den Nachbesitzer des erhöhten Hauses zugelassen, gegen den Vormund und seine Erben wird auf die Klage aus der Vormundschaft verwiesen. Gegen den Besitzer geht die Klage auch deshalb und dann, weil und wenn er das facere in suo, das ein Anderer unternommen hat, nicht verhinderte, obschon er es verhindern konnte, es mag dies facere nun einen Eingriff der ersten oder zweiten Art bilden, l. 18 D. 8, 5. l. 2 D. 2, 10. l. 45 pr. D. 9, 2. —

Daß die Klage auf Beseitigung eines opus resp. einer Immission nur gegen den Eigenthümer und Besitzer des betreffenden Grundstücks gerichtet werden darf, ergiebt sich endlich aus der Richtung der op. novi nuntiatio als Vorläuferin der Confessoria und Negatoria; sie geht zwar in rem, aber zugleich und eben deshalb nur gegen den dominus, l. 5 §. 3, 4, 5. l. 8 pr. §. 7. l. 18 §. 1 D 39, 1. So erklärt sich denn auch der Ausspruch in l. 31 §. 7 D. 3, 5: sententia praedio datur,

121) Auch l. 5 D. 39, 3: dominum vero fundi aquae pl. arc. actione teneri, quia is solus restituere opus potest.

Digitized by Google

bei der Confessoria oder Negatoria, und die Consequenz in l. 4 §. 3 D. 8, 5, wenn von Miteigenthümern singuli experiuntur: victoria et aliis proderit.

Aus allen diesen Gründen durfte in dem obengedachten Rechtsfalle die Usufruktuarin nicht als Beklagte zugelassen werden. Sie hat kein Recht, zu bauen und ist nicht befugt, Gebautes wieder wegzureißen (restituere, tollere), noch weniger kann eine Servitut gegen sie geltend gemacht werden; nur der Eigenthümer kann in dieser Beziehung sein Grundstück vertreten. Dagegen läßt sich mit einzelnen Stellen, in denen nach anderer Beziehung hin der usufructus als pars dominii bezeichnet wird, nicht aufkommen. — Haben jedoch die Eigenthümer das Bauen der Mutter geduldet, haben sie den gegen ihre Mutter angestrengten Prozeß gekannt und nicht intervenirt, so muß die res judicata in diesem Prozesse auch gegen sie wirken, und auch ohne ausdrückliche Vorschützung der betreffenden Einrede mußte ihre Negatorienklage abgewiesen werden, l. 63 D. 42, 1: scientibus sententia inter alios data obest, cum quis de ea re, cujus actio vel defensio primum sibi competit, sequenti agere patiatur[122]).

Haben dritte Personen, z. B. der Pachter, kraft eines angeblich dem Eigenthümer zustehenden Rechts eine Servitut geübt resp. sich angemaßt, so ist wieder zu unterscheiden, ob der Eingriff in einem facere oder in einem immittere besteht. Im ersten Falle ist der Störer, im zweiten Falle der Eigenthümer des Grundstücks, von dem die Immission ausgeht, zu belangen; nicht der Thäter, sondern der Besitzer. Bedienen sich im ersten Falle die Beklagten der nominatio auctoris[123]), so kommen die Bestimmungen in §. 73

122) Savigny, Syst. VI S. 477 ff.

123) c. 2 Cod. 3, 19 c. ult. §. 7, X. 2, 6. Danz, Grundsätze des ord. Proz. §. 490. Volkmann, sächs. Proz. §. 97. Griebner, Diskurs z. Pr.-O. tit. XIV §. 3.

Digitized by Google

der deutschen Civ.-Pr.-Ordn. in Anwendung. Ist das Eigenthum eines Grundstücks zweifelhaft, so hält sich der Kläger an den Besitzer desselben, und diesem steht dann frei, mittelst der nominatio auctoris den Prozeß an den wahren Eigenthümer zu verweisen[124]).

Man hat aber unterschieden, ob der Pachter nach der Behauptung der Klage sich eines selbstständigen factum turbativum schuldig gemacht hat, oder ob die Negatorienklage darauf gegründet sei, daß der verklagte Pachter als solcher durch Ausübung einer dem erpachteten Gute angeblich zustehenden Servitut das klägerische Eigenthum gestört habe. Im ersten Falle hat man die Klage gegen den Pachter zugelassen, im zweiten Falle sie als unstatthaft bezeichnet[125]). Es dürfte jedoch im letzteren Falle dem Pachter zu überlassen sein, ob er selbst den Prozeß (nomine domini) fortführen oder dem Eigenthümer den Streit verkünden will.

Dagegen kann es keinem Zweifel unterliegen, daß gegen alle diejenigen, welche ein Grundstück besitzen und ihr Recht daran mit einer actio in rem verfolgen können, also gegen den Emphyteuta, Superfiziar, Pfandgläubiger, bon. fid. possessor mit der Negatoria geklagt werden kann[126]); wie denn auch von ihnen und gegen sie die op. novi nunt. gebraucht werden kann, l. 16 D. 8, 1: „Ei qui pignori fundum accepit, non est iniquum, utilem petitionem servitutis dari. l. 9 D. 39, 1: „Creditori, cui pignoris nomine praedium tenetur, permittendum est de jure, id est de servitute, op. n. nuntiare; nam ei vindicatio servitutis datur“. l. 3 §. 3 D. 39,

124) l. 39 §. 1 D. 39, 2.

125) Blätter für Rechtspflege in Thüringen, B. 7 S. 147. Sächs. Zeitschr. N. F. XXV, S. 453.

126) Für unsere Ansicht ist Kori, Archiv f. civ. Praxis, B. XXVII S. 325 ff., wo auch die andern anscheinend widersprechenden Stellen, l. 10 §. 1 D. 8, 5. l. 1 §. 25 D. 43, 20 besprochen werden.

Digitized by Google

1. l. 1 §. 5 D. 43, 25. l. 61 §. 1 D. 6, 2. l. 18 D. de pignorib. 20, 1[127]).

Ueber das eigenthümliche Rechtsverhältniß, welches dann entsteht, wenn für ein Grundstück, das mehreren Miteigenthümern gehört, die konfessorische oder negatorische Klage zu führen ist, aber die betreffende Klage nur von einem oder gegen einen der Miteigenthümer erhoben wird, hat Savigny, System des heut. röm. Rechts, Bd. VI S. 479 ff. ausführliche Erörterungen angestellt. An dem Resultate läßt sich nichts ausstellen; doch hat er dafür, daß die dem Streite fern bleibenden Miteigenthümer sich den nachtheiligen Ausgang des Prozesses, sobald letzterer ihnen bekannt worden war, gefallen lassen müssen, weil sie es unterließen, daran Theil zu nehmen, die l. 63 D. 42, 1 anzuziehn, unterlassen[128]). Wird während des Prozesses das Grundstück veräußert, so kommt §. 237 der Civ.-Pr.-Ordn. in Anwendung.

§. 67.

Mit welchen Rechtsmitteln aber begegnen wir den Störungen und Eingriffen flüchtiger und vorübergehender Art, welche nicht der Negatoria unterfallen?

a. Mit der actio injuriarum. Injuria begreift nicht blos die Verletzung der Ehre, sondern auch die Kränkung der bürgerlichen Rechtsfähigkeit durch Behinderung in der Ausübung unsres Rechts, l. 13 §. 7 D. 47, 10: aut si quis re mea uti non permittat, l. 29 D. 19, 1: injuriarum agere potest, quemadmodum si aliam quamlibet rem suam tollere

127) Wer die Konfessoria hat, muß auch mit der Negatoria belangt werden können, weil, was mit jener behauptet, mit dieser verneint wird, und weil durch den Besitz nicht gesetzlich regulirt ist, welche Klage zunächst zu erheben ist, dies vielmehr von den Umständen und der Wahl der Partei abhängt.

128) Vgl. unten §. 101.

Digitized by Google

prohibeatur, l. 27 D. 47, 10: si statua patris tui in monumento posita saxis caesa est, injuriarum agi posse Labeo scribit, l. 44 eod.: si inferiorum dominus aedium superioris vicini fumigandi causa fumum facit, aut si superior vicinus in inferiores aedes quid aut projecerit, aut infuderit, negat Labeo injuriarum agi posse; quod falsum puto, si tamen injuriae faciendae causa immittitur. Voraussetzung der Klage ist also ein Handeln gegen uns und unser Eigenthum mit der Absicht, uns zu ärgern und zu kränken, oder ein Handeln, was an sich schon geeignet ist, uns zu ärgern und zu kränken. Diese im Civilprozesse zu verhandelnde Klage besteht heut noch[129]) und ist darauf gerichtet, daß der Richter dem Beklagten bei Strafe die Unterlassung der Störungen und Eingriffe auferlegt. Sie wird auch dann begründet sein, wenn z. B. ein Nachbar unserer Verbote ungeachtet Kehricht oder Spülwasser u. dgl. auf unser Grundstück ausschüttet.

b. Das interdictum uti possidetis. Dieses Rechtsmittel wird nicht blos gegen den gegeben, der die Absicht hat, unser Grundstück zu besitzen, sondern gegen Jeden, welcher den Besitzer in dem Gebrauche und in der Benutzung des Grundstücks stört, z. B. gegen den Miether, welcher den Eigenthümer am Bauen verhindern will, l. 3 §. 2, 3 D. 43, 17: etenim videris mihi controversiam possessionis facere, qui prohibes me uti mea possessione; §. 4 eod.: etenim qui colere fundum prohibetur, possidere prohibetur, inquit Pomponius. Die Klage ist statthaft, wenn Jemand in nostro aliquid aedificare vel in nostrum aliquid immittere vult, l. 5 §. 10 D. 39, 1, und wenn man verhindert wird, quali-

---

129) Walter, neues Arch. f. Criminalr. 4. B. S. 348 ff. Mittermaier, Rechtslex. v. Weiske, V S. 865. Puchta, Klagen der Landeigenthümer §. 146. — Vgl. Windscheid, Pand. §. 472 nota 1.

Digitized by Google

ter velit suo uti, l. 8 §. 5 D. 8, 5[130]). Insbesondere dient sie auch dazu, unerlaubte Anmaßungen des Miteigenthümers zu beseitigen, l. 3 §. 9 D. 43, 17, und die Streitigkeiten der Miteigenthümer über Bauen und Bessern und Aendern am Grundstück zum Austrage zu bringen, l. 12 D. 10, 3. l. 3 §. 1 D. 39, 1[131]).

c. Die actio legis Aquiliae, wenn durch ein manufactum des Nachbars widerrechtlich (injuria) unser Grundstück oder Bestandtheile desselben beschädigt worden sind und dem Nachbar eine Verschuldung (dolus oder culpa) dabei trifft[132]).

d. Das interdictum quod vi aut clam, wenn es überhaupt heut noch Anwendung leidet. Siehe Abschnitt V.

e. Endlich kommt dem Eigenthümer auch das R.Str.G.B. zu Hilfe, wenn Steine u. dergl. gegen Gebäude, Einschließungen oder in Gärten ꝛc. geworfen werden, §. 366, 7; — wenn über unser Grundstück unbefugt gegangen, gefahren, geritten oder Vieh getrieben wird, §. 369, 9; — wenn unbefugt ein Grundstück, ein Privatweg oder ein Grenzrain abgegraben oder durch Abpflügen verringert wird, §. 370, 1, oder aus unserm Grundstück unbefugt Erde, Lehm, Sand u. dgl. weggenommen werden, §. 370, 2.

---

130) Bangerow, Pand. I §. 336 II, 6. Windscheid, Pand. §. 159 nota 1. Seuffert, Arch. XXVI, 33; XXVII, 31; XXXIII, 285.

131) Siehe §. 98 unten.

132) Windscheid, Pand. §. 455. Siehe oben §. 4.

Digitized by Google

V. Abschnitt.

Verhältniß des Privateigenthümers zu dem Staate oder zu Gemeinden als Grundstücksnachbarn.

§. 68.

Wenn an ein Privatgrundstück ein im Staats- oder Gemeindeeigenthum befindliches Grundstück angrenzt, hören dann die Beziehungen der Nachbarschaft auf, und welche Grundsätze kommen in Anwendung? Mit andern Worten: sind die gegen den Privatnachbar gestatteten Rechtsmittel, namentlich die Negatoria, die aquae pl. arc. actio, das interdictum ne quid in loco publico, die cautio damni infecti auch gegen den Staat oder die Gemeinde zulässig? — Wir finden im Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft Bd. II S. 294—307 in einem Falle, wo die Ortsgemeinde eine Straße anders baut und dadurch eine Gartenmauer gefährdet und eine Einfahrt verhindert wird, vom A.G. in Darmstadt eine Klage auf Entschädigung zugelassen, weil die Behörde wohl Eigenthumsrechte zum Besten des Gemeinwohls verletzen könne, aber nur gegen vollkommene Entschädigung. (l. 11 Cod. 3, 34 verbunden mit l. 2 pr. §. 2—10 D. 43, 8)[1]). Das Hofgericht in Darmstadt

1) Die erste Stelle lautet in den Schlußworten: „uti autem via publica nemo recte prohibetur". Die zweite behandelt das interd. ne quid in loco publico. Sie passen beide wohl nicht zur Begründung des Urtheils.

Digitized by Google

hatte die Klage als confessoria utilis aufgefaßt, als interd. ne quid in publ. fiat verworfen, weil dies letztere nicht gegen den Staat oder eine Gemeinde Anwendung leiden könne, welche einen Weg zum öffentlichen Gebrauche verbessern. In einem ähnlichen Falle hat der Appellhof in Douay zur Entschädigung verurtheilt; in gleicher Weise hat der franz. Kassationshof in 2 Entscheidungen erkannt, später aber seine Ansicht geändert. Das Oberapp.-Gericht in Kassel hielt in gleichem Falle das int. quod vi für unzulässig, weil es sich um Erreichung eines Staatszweckes handele, die negatoria desgleichen, weil Kläger kein Eigenthum am veränderten Platze behauptet habe, die confessoria actio ebenfalls, weil keine Thatsachen vorhanden, die auf ein Prohibitionsrecht schließen ließen; die cautio damni infecti sei nicht zulässig, weil diese bei Werken, welche kraft der öffentlichen Gewalt, von Polizeiwegen u. s. w. geschehen, nicht gestattet werde. Jeder könne einen zum öffentlichen Gebrauche dienenden Platz (Weg) auch für sich benutzen, erwerbe aber dadurch kein Privatrecht, die Obrigkeit könne anderweit darüber disponiren. Niemand aber habe ein Recht darauf, daß ein öffentlicher Platz zur Stütze seines Hauses diene. — Das O.A.Ger. in Lübeck hat das interd. ne quid in loco publ. gegen Behörden, welche bauen, für zulässig gehalten, nach den Worten des Interdikts sei kein Grund vorhanden, einen Unterschied zwischen Behörden und Privaten zu machen. Nach l. 2 pr. D. 43, 8 sei nur der Staatsgewalt gestattet, ein opus cum damno privati zu verfügen.

Das Ob.-Tr. in Berlin erkannte: Die römischen Popularklagen im öffentlichen Interesse, so daß die Entscheidung für omnes cives wirkt, sei bei der jetzigen staatlichen Einrichtung nicht mehr zulässig, nur dem Verletzten wegen Störung seines eignen Interesse seien sie gestattet (Seuffert, Archiv III, 450). Dasselbe wies die Klage einer Gemeinde auf Schutz ihres Trift-

Digitized by Google

zugs in einem Chausseegraben ab, weil in der Ueberschreitung des gesetzlichen Verbots ein Mißbrauch des Grabens liege und die behauptete Uebung ihres Rechts einen des Rechtsschutzes nicht fähigen Besitzstand begreife (Seuffert XXX, 115). Nach B. XXII, 144 sind Klagen gegen öffentliche Behörden und den Staat wegen Beeinträchtigung von Privatrechten gestattet. — Bei einer im öffentlichen Interesse bewirkten Flußcorrection werden die Gerichte wegen eines Schadensanspruchs von den Anliegern für unzuständig erachtet (ib. VI, 252). Die aquae pl. arc. actio ist nicht, ausgeschlossen bei einem auf behördliche Anordnung bewirkten opus (Waldschutzgraben), nur bei Werken, die von Staatswegen im öffentlichen Interesse geschehn (ib. XIII, 252, Kassel). — Das interd. ne quid in loco publico ist nur zulässig, wenn dem Privaten durch einen Andern Vortheile entzogen oder widerrechtliche Schäden zugefügt werden (ib. XXIX, 140). Ein Schadensanspruch wird dem Anlieger zuerkannt, wenn er durch Veränderung eines öffentlichen Wegs im Gebrauche seines Grundstücks benachtheiligt wird (ib. XVIII, 141. XXIX, 244). Das Interdict quod vi aut clam wird für unstatthaft erachtet bei Veränderungen öffentlicher Wege, die obrigkeitlich angeordnet worden (XXII, 114).

§. 69.

Aus l. 15 §. 10 und l. 24 pr. D. 39, 3 ersehn wir, daß die cautio d. inf. nicht gefordert werden kann, wenn in publico loco publice reficiatur oder publice opus fiat. Es sei das Werk so umzugestalten, daß dem Nachbar kein Schaden mehr entstehe, eventuell princeps adeundus est, vel si in provincia fiat, Praeses provinciae. — Eben so findet die aquae pl. arc. actio nicht Statt, si quis in publico opus faciat, l. 3 §. 3 D. 39, 3, weil sie nur zulässig sei gegen den, welcher

Digitized by Google

in suo facit [2]). Beide Bestimmungen können daraus erklärt werden, daß beide Klagen auf dem Nachbarverhältniß basiren, und als Nachbarn nur die Eigenthümer von Privatgrundstücken angesehn werden können. Bei den erstern Stellen aber kommt noch ein anderes Moment in Betracht; denn nach l. 2 §. 3. l. 23 pr. D. 39 sind Schutzwehranstalten gegen Regenwasser (Gräben, Dämme), welche publica auctoritate, principis aut senatus jussu hergestellt worden sind, von der aquae pl. arc. actio ausgenommen, auch wenn sie einem Grundstücke durch Regenwasser Schaden zufügen. Der Einzelne muß sich dem Interesse der Mehrheit unterordnen. Auch die Interdicta popularia gehen nicht gegen Beamte, die in publico eine Veränderung vornehmen. Sie wirken nur gegen Privatpersonen, die auf Grund ihres Bürgerrechts resp. mit obrigkeitlicher Erlaubniß in publico etwas unternehmen (jure civitatis), nach dem Axiom: tantum juris habemus ad obtinendum, quantum quilibet ex populo habet ad prohibendum, — also gleiches Recht für alle Bürger [3]). — Diese Voraussetzung paßt nicht auf Personen, welche Kraft ihres Amts in publico ein Werk beginnen. Daher sind die Popularinterdikte ausgeschlossen, wenn die Sorge für gewisse öffentliche Gegenstände bestimmten Beamten übertragen ist [4]). Es mangelte also im römischen Actionensystem eine Klage gegen Beamte, welche durch Veränderungen oder Bauten in publico das Interesse einer Privatperson verletzen. Dennoch war im Grundsatz anerkannt, daß solche Unternehmungen so bewirkt werden sollen, daß sie Privatleuten keinen Schaden zufügen, l. 15 §. 10. l. 24 pr. D. 39, 3. l. 1 pr. D. 43, 10, und Erlaubniß an Privatpersonen zum Bauen ꝛc.

2) Versagt wird die cautio gegen Behörden Seuffert XXII 144. XXIV 87, weil sie Eigenthumsbeschränkung. A. M. XXXI 41.

3) l. 2 §. 2 D. 43, 8.

4) l. 2 §. 17. 24. 25 D. 43, 8. l. 1 pr. D. 43, 10.

Digitized by Google

in publico soll immer nur unter der Voraussetzung ertheilt werden, ut sine injuria cujusquam fiat oder ne cum incommodo alicujus, l. 2 §. 10 §. 16 D. 43, 8. Dieser Grundsatz ist auch geübt worden nach Zeugnissen von Tacitus, ann. I, 75: resistentibus aerarii praetoribus subvenit Caesar, pretiumque aedium Aurelio tribuit, erogandae per honesta pecuniae cupiens — und von Frontinus de aquaeductib. c. 9: exclusi ergo Cabram (aquam) et totam jussu imperatoris reddidi Tusculanis. — Es ist also im römischen Rechte der Grundsatz anerkannt, daß durch öffentliche Unternehmungen und Bauten an öffentlichen Orten Privatrechte nicht geschädigt werden sollen; allein es giebt bei solcher Verletzung keine Klage gegen den Beamten [5]) oder den Staat, sondern nur Bitte oder Beschwerde bei dem princeps oder praeses provinciae.

Bei uns nun ist das Verhältniß ein anderes, als es im römischen Reiche zur Erscheinung kommt. Nach unserem Staatsrechte wird an den res publicae, auch denen, die dem gemeinen Gebrauche offenstehen, ein Eigenthum des Staats, als juristischer Person angenommen [6]), und es kann — wenn auch nicht immer gegen den Regenten [7]) — doch gegen den Staatsfiskus, bezüglich gegen die betreffenden Beamten von dem in seinem Recht verletzten Privatmanne Klage auf Abstellung der Verletzung resp. Schadensersatz erhoben werden [8]). Neben den Satz:

5) Die in l. 29 §. 7 D. 9, 2 und l. 7 §. 4 D. 43, 24 erwähnten Klagen, act. legis Aquiliae und interd. quod vi gegen den magistratus haben auf unsere Frage keinen Bezug. Sie betreffen die Vernachlässigung und Beschädigung gepfändeter Sachen und die Niederreißung eines Hauses incendii defendendi causa, und — magistratus municipales.

6) Klüber, Staatsrecht §. 328. Preuß. Landrecht, Th. II tit. 14 §. 11. 21—23. Gerber, deutsch. Privatr. §. 62.

7) Klüber a. a. O. §. 239 IV und Nota d. Zöpfel, Staatsrecht §. 32.

8) Klüber a. a. O. §. 342. Zöpfel, Staatsrecht §. 38. §. 53 B. §. 112. 150. Blätter für Rechtspflege in Thüringen B. 6 S. 227. Wo-

Digitized by Google

salus publica suprema lex esto, stellt das deutsche Staatsrecht den andern Satz: das Eigenthum soll unverletzlich und sicher sein, und darum wird überall das Prinzip aufrecht erhalten, daß die Staatsregierung, wenn sie wohlerworbene Rechte der Privaten im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt entzieht oder beschränkt, dafür Entschädigung zu leisten hat [9]).

Nach den in Deutschland geltenden staatsrechtlichen Prinzipien muß also die mit dem römischen Staatsrecht innig verwachsene Ausnahme, nach welcher bei Unternehmungen, welche von der Staatsregierung oder deren Organen im öffentlichen Interesse ausgeführt werden, die cautio d. inf. die a. pl. a. actio und andere Rechtsmittel im Rechtswege nicht angewendet werden können, als nicht mehr statthaft angesehn werden [10]). Vielmehr gilt bei uns der Grundsatz, daß alle gegen Privaten zulässige Klagen auch gegen den Staat (Staatsfiskus oder Beamte) erhoben werden können, wenn reine Privatrechte verletzt worden sind oder Eigenthum beschädigt wird. — Betreibt der Staat gewerbliche oder industrielle Unternehmungen, Eisenbahnen, Bergbau u. dgl., so steht er hier ebenfalls jedem Privaten, der solchen Betrieb unternimmt, völlig gleich. Bei Grund und Boden ist ein Unterschied zu beachten zwischen demjenigen, welcher für Rechnung des Staats bewirthschaftet, verpachtet oder sonst verwaltet wird (Staatsgüter, Waldungen u. dgl.) und demjenigen, welcher lediglich zum Gemeingebrauche der Einzelnen bestimmt ist, wie öffentliche Wege, Gebäude, Flüsse und dgl. Eben so ist bei dem Gemeindeeigenthum zu unterscheiden [11]).

---

chenblatt f. merkw. Rechtsfälle, 1841 S. 87. 1852 S. 185. Zimmermann a. a. O. S. 103.

9) Klüber a. a. O. §. 259 not. c. 355—357. Zöpfel, Staatsrecht. §. 3. 16. 132—134.

10) Zimmermann a. a. O. S. 103—105.

11) Auch bei den öffentlichen Gemeindewegen, Plätzen u. dgl., welche zum Gemeingebrauche bestimmt sind, wird ein Eigenthum der Gemeinde,

Digitized by Google

Hinsichtlich der ersten Art des Staats- oder Gemeindeeigenthums finden ganz dieselben Klagen Statt, wie gegen andere Privatbesitzer [12]). Bei Gemeindegrundstücken können schon an sich Ausnahmen nicht Statt finden, denn civitates privatorum loco habentur, sagt Gajus in l. 16 D. 50, 16 [13]); und es wird ausdrücklich bezeugt, daß die actio finium regundorum, aquae pl. arcendae, das interdictum quod vi aut clam, die actio, quod metus causa gegen sie zulässig sind, l. 7 pr. l. 9 D. 3, 4. l. 5 §. 10 D. 43, 24. l. 9 §. 1 D. 4, 2.

Bei dem andern, zum Gemeingebrauche bestimmten Staats- und Gemeinde-Eigenthume kommt zuvörderst Alles darauf an, ob durch ein vom Staat oder von einer Gemeinde unternommenes Werk ein wirkliches Privatrecht des Anliegers verletzt oder bedroht wird, und dann darauf, ob die Enteignung oder Beschränkung von Privatrechten durch ein solches Unternehmen nach der Landesverfassung erlaubt und gerechtfertigt erscheint. Diese Frage und die weitere Erwägung, ob auch der Eingriff zur Erreichung des vorliegenden Zwecks nothwendig, unterfallen nach den meisten deutschen Verfassungen der Entscheidung der Administrativbehörden [14]). Sind sie beide zu bejahen, so fallen die Rechtsmittel, welche auf den Schutz verletzter Eigenthumsrechte gerichtet sind (vindicatio, negatoria, confessoria, possessorische Interdikte) in so weit hinweg, und nur der Anspruch auf Entschädigung verbleibt dem Betroffenen. Werden jene Fragen verneint, so stehen

---

als juristischer Person angenommen. Daß die Gemeinde ihren Gemeindevorstand (Stadtrath u. s. w.) rechtlich zu vertreten habe, ist unbezweifelt.

12) Sofern nicht ein Unternehmen in Frage steht, welches zum gemeinen Nutzen dient, z. B. die Anlegung einer Landstraße und dgl.

13) Vergl. noch l. 15 D. 50, 16.

14) Der Rechtsweg gegen Verfügungen der Verwaltungsbehörden ist in der Regel unzulässig, Blätter f. Rspfl. B. 26 S. 219. Vgl. auch das deutsche Gerichtsverfassungsgesetz §. 13 und 17, Einführungsges. dazu §. 11.

Digitized by Google

dem verletzten Privaten auch jene Rechtsmittel zu [15]). Die cautio d. inf. ist unabhängig von diesen Fragen, wie bereits erwähnt worden.

Die Erwägung, ob auch ein wahres Privatrecht des Nachbars im einzelnen Falle verletzt worden, ist nach den Grundsätzen zu leiten, welche wir bereits hinsichtlich der Cautio damni infecti entwickelt haben. Hiernach sind faktische Vortheile, welche dem Anlieger durch einen Bau oder ein anderes Unternehmen entzogen werden, wie z. B. Luft, Licht, Sonne, Aussicht u. dgl. niemals Gegenstand einer Klage oder eines Entschädigungsanspruchs. Dasselbe ist der Fall mit denjenigen Vortheilen, welche der Anlieger von einem öffentlichen, zum Gemeingebrauche bestimmten Grundstücke, als Bürger überhaupt, wie jeder Andere (jure scilicet civitatis, non quasi propria cujusque) [16]), genossen hat. Werden ihm diese Gebrauchsrechte von den zuständigen Staats- oder Gemeinde-Behörden entzogen, so gibt es weder Klage, noch Rechtsweg für ihn. Nur der Weg der Beschwerdeführung steht ihm offen, wenn die betreffenden Verfügungen gesetzwidrig oder unzweckmäßig sein sollten. — Er kann aber durch ausdrückliche Verleihung, Vertrag oder Verjährung besondere Rechte an solchen Grundstücken, so weit der Gemeingebrauch dadurch nicht aufgehoben oder wesentlich beeinträchtigt

15) Zachariä, deutsch. Staats- und Bundesrecht Thl. 3 §. 184 S. 117. Häuser, Annalen Bd. III S. 634. Zimmermann, Zeitschrft. f. Civilr. und Proz. N. F. Bd. 12 S. 103. Sächs. Wochenblatt 1849 S. 206. Blätter f. Rechtspfl. in Thüringen B. VI S. 290. Wenn aber hier unter Bezugnahme auf l. 14 §. 1 D. 8, 6 und l. 6 Cod. 8, 11 (12) richtig behauptet wird, daß die Negatoria bei öffentlichen Anlagen nicht zulässig sei, so rechtfertigt dies jedoch die letzte Stelle gar nicht, die erste setzt die Nothwendigkeit einer Eigenthumsabtretung voraus: „cum via publica fluminis impetu amissa est, vicinus proximus viam praestare debet.“ Vgl. Excurse z. Abschn. IV.

16) l. 2 §. 2 D. 43, 8.

Digitized by Google

wird, erwerben [17]), z. B. das Recht, eine Abzucht aus seinem Gehöft, eine Wasserleitung unter einer Straße hinzuführen, ein Gebäude auf einem öffentlichen Platze zu errichten ꝛc. Gegen die Entziehung solcher Privatrechte stehn die gewöhnlichen Klagen zu, resp. muß bei Expropriation volle Entschädigung gewährt werden [18]). —

Das interdictum ne quid in loco publico fiat kann nach meiner Meinung gegen den Staatsfiskus, gegen Staatsbeamte oder Gemeindevorsteher, welche von Amtswegen auf Staats- oder Gemeinde-Boden eine Veränderung vornehmen, nicht erhoben werden [19]). Aus l. 2 §. 2 D. 43, 8: „Et tam publicis utilitatibus, quam privatorum per hoc prospicitur. Loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, jure scilicet civitatis, non quasi propria cujusque, et tantum juris habemus ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet. Propter quod si quod forte opus in publico fiet, quod ad privati damnum redundet, prohibitorio interdicto potest conveniri, propterque eam rem hoc interdictum propositum est" — erhellt unzweifelhaft, daß das Interdikt nur gegen Privatpersonen gebraucht werden kann, welche als Bürger zwar ein Recht haben, die zum Gemeingebrauche bestimmten Grundstücke zu benutzen, aber kein stärkeres Recht, als andere Bürger, welche eine den Gemeingebrauch störende oder ihrem Privateigenthume schädliche Benutzung verhindern können. Die Staatsregierung aber und die Gemeinde-Behörden, welchen die Beaufsichtigung und Verwaltung der Gemeindegüter obliegt und zusteht, haben

17) l. 17 D. 8, 5. l. 14 D. 47, 10. l. 1 §. 43 D. 43, 20. l. 13 D. 8, 5. Die von Donell und Savigny vertheidigte Theorie, an res publicae sei Privatbesitz unmöglich, ist nicht richtig; l. 2 §. 38, §. 42 D. 43, 8. Zeitschrift f. geschichtl. Rechtswiss. B. 15 S. 66.

18) Sächs. Wochenblatt 1855 S. 29. Seuffert, Arch. XVII 5.

19) Zimmermann a. a. O. S. 98.

Digitized by Google

offenbar ein stärkeres Recht, als der einzelne Bürger, so bald sie im öffentlichen Interesse resp. aus polizeilichen Rücksichten, auf öffentlichen Grundstücken etwas unternehmen. Das Interdikt hatte aber eine zweifache Richtung; der Impetrant konnte damit solche Neuerungen verhindern, welche dem Gemeingebrauche des locus publicus hinderlich wurden; er konnte aber auch damit jenen Neuerungen entgegentreten, welche sein Privateigenthum verletzten oder beschränkten; „et tam publicis utilitatibus — quam privatorum per hoc prospicitua." In letzterer Beziehung [20]) ist es heut noch gegen Privaten anwendbar und tritt resp. an die Rolle der Negatoria oder Confessoria. Für das öffentliche Interesse dagegen sorgen jetzt die betreffenden Verwaltungs- und Polizeibeamten. Heut zu Tage wird also das Interdikt nur anwendbar sein, wenn Jemand in publico Etwas unternimmt, was den Gemeingebrauch und das Interesse des Klägers verletzt, oder sein begründetes Privatrecht verletzt, l. 2 §. 2 §. 6 §. 11 §. 12 §. 14 D. 43, 8. Es wirft z. B. ein Bürger seinen Bauschutt auf einem öffentlichen Grundstück ab und weist dadurch unserem benachbarten Grundstücke das Regenwasser zu; oder er schüttet die von seinem Felde abgelesenen Steine auf einen öffentlichen Weg, den wir benutzen müssen, um auf unser Grundstück zu gelangen. Falls hier die Polizei nicht helfen sollte, bleibt uns das int. ne quid in loco publico offen. Der Richter erkennt auf Wegnahme des factum et immissum und droht Geldstrafe für den Wiederholungsfall an. — Daß das Interd. ne quid in loco publico ein prohibitorisches ist, hat keine Bedeutung mehr. An Stelle des prätorischen Verbots tritt jetzt der Rechtssatz als gesetzliches Verbot.

20) Bruns, Zeitschr. f. Rechtsgesch. B. 3, 450. Seuffert, Arch. XXIX 139. XXXII 47. Windscheid, Pand. §. 326 nota 6. §. 467.

Digitized by Google

§. 71.

Wir wenden nun die bisher erörterten Grundsätze auf einige in der Praxis nicht selten vorkommende Fälle an.

Wenn durch Abgrabung eines öffentlichen Wegs die anliegende Gartenmauer eines Privaten dadurch gefährdet wird, daß der Boden, auf dem sie ruht, gelockert wird, so hat dieser offenbar das Recht, cautio de damn. inf. zu fordern; l. 29 §. 12 D. 39, 1. Die Ausnahme in l. 15 §. 10 D. eod.: „si publice locus reficiatur" ist nach unserer Verfassung nicht mehr anwendbar, und selbst angenommen, daß sie anwendbar wäre, so müßte doch dem Schlußsatze der Stelle: „legem operi dandam esse talem ne quid noceat vicinis" nachgegangen werden. — Anders würde sich die Sache gestalten, wenn die Mauer so schlecht erbaut oder so mangelhaft geworden wäre, daß sie lediglich durch Anlehnen an den öffentlichen Grund und Boden ihr Dasein fristete; das wäre ein blos faktischer Vortheil, für welchen der Eigenthümer Entschädigung nicht fordern darf. Wenn ferner der Magistrat einer Stadt zur Leitung von Brunnenwasser einen Kanal in einer Straße anlegen läßt und ihn so nahe an einem Privathause vorbeiführt, daß durch das Auf- und Abgraben des Bodens die Grundmauern sich senken, die Wände Risse bekommen oder Wasser in den Keller des Hauses dringt, so ist der Eigenthümer ebenfalls berechtigt, Caution d. d. inf. zu fordern[21]). Es sind das Einwirkungen auf fremdes Eigenthum.

Wenn durch Veränderungen an öffentlichen Straßen und Wegen dem Besitzer des anliegenden Hauses oder Grundstücks die Einfahrt oder Ueberfahrt nicht blos erschwert, sondern wirk-

21) Anders entschied das O.A.Ger. in Kassel, Strippelmann, Entsch. des O.A.Ger. in K. V. Thl. 1. Abth. no. 15 in Widerspruch mit l. 24 §. 12. l. 15 §. 10 D. 39, 2.

Digitized by Google

lich verhindert wird, wenn z. B. die Straße so hoch gelegt wird, und die Thüre oder Thorfahrt so verschüttet wird, daß die Passage unmöglich wird, oder wenn die Straße so viel tiefer gelegt wird, daß ohne kostspielige Vorkehrungen der Eingang oder die Einfahrt in das Haus nicht mehr thunlich ist, oder wenn auf einem Gemeindeplatze eine neue Schule errichtet und dadurch einem Privathause das Licht entzogen wird, so halte ich eine Klage auf Schadensersatz rechtlich nicht für statthaft. Die im Verwaltungswege zu lösende Frage ist zunächst die, ob die Veränderung oder der Bau im öffentlichen Interesse nothwendig ist und ob er gerade in solcher (schädigender) Weise ausgeführt werden muß. Die l. 15 §. 10 D. 39, 2 (certe legem dandam operi talem, ne quid noceat vicinis damnive detur) und l. 1 pr. D. 43, 10 (Aediles studeant, ut quae secundum civitates sunt viae, adaequantur, et effuxiones non noceant domibus) enthalten keine stricten Privatrechtsnormen, sondern mehr Instructionen für die Verwaltungsbeamten. — Ist nun die obige Frage in allen Verwaltungsinstanzen bejaht worden, so läßt sich ein Schadensanspruch nicht begründen, es mangelt ein Rechtssatz. Es ist klar, daß in solchem Falle weder die Negatoria, noch die Confessoria, noch das Interd. quod vi aut clam, noch endlich die cautio d. inf. Platz greifen kann, auch nicht die lex Aquilia. Denn es ist kein Eingriff in das Eigenthum, noch eine Beschädigung desselben, namentlich keine direkte, vorhanden; es wird dem Eigenthümer nur ein Vortheil entzogen, welchen er ex publico bisher genossen hat. Wohl aber spricht die Billigkeit für eine Entschädigung; nur kann eine solche selbstverständlich nicht im Rechtswege gefordert werden.

Wenn dagegen öffentliche Wege[22]), welche von den anlie-

---

22) Es giebt auch öffentliche Wege, deren Grund und Boden im Privateigenthum sich befindet. Wird hier gegen die Negatoria des Eigen-

Digitized by Google

genden Grundstücksbesitzern zugleich mit benutzt worden sind, um auf ihre Grundstücke zu gelangen, eine andere Bestimmung erhalten sollen, durch welche jenen Grundstücksbesitzern die Möglichkeit, auf ihre Grundstücke zu gelangen, entzogen wird, so halte ich die confessoria actio für begründet [23]). Denn diese Grundstücksbesitzer erwerben durch den seit rechtsverjährter Zeit fortgesetzten Gebrauch des Wegs ein jus quasi proprium, es entsteht ein servitutenähnliches Verhältniß zu dem öffentlichen Wege [24]). Man hat hiergegen wohl behauptet, die öffentlichen Wege seien res extra commercium, und es sei gar nicht denkbar, daß derjenige, welcher einen Weg als via publica benutze, daneben ihn noch gebrauche, um einen Privatbesitz auszuüben. Allein der erste Satz kann in solcher Allgemeinheit nicht als richtig anerkannt werden, wie oben nachgewiesen worden, und der zweite Satz erscheint in so fern unrichtig, als es nur darauf ankömmt, daß der betreffende Eigenthümer den Weg nicht bloß als öffentlichen benutzte, sondern auch in der Ueberzeugung, daß er für sich ein Recht habe, auf diesem Wege zu seinem Grundstücke zu gelangen und daß der erstere dem letztern nicht entzogen werden

---

thümers excepiendo die öffentliche Qualität des Wegs behauptet, so ist diese Frage von den Verwaltungsbehörden zu erörtern. Seuffert, Archiv Bd. III S. 148. IV, S. 81. Richter, kritische Jahrbücher 1837 Seite 81. Blätter für Rechtspflege in Thüringen 1858. S. 195.

23) Die Verwendung des Wegs zu einer andern Bestimmung müßte denn im öffentlichen Interesse nothwendig und nach der Landesgesetzgebung gestattet sein; alsdann bleibt nur ein Anspruch auf Entschädigung.

24) Seuffert, Archiv B. III S. 146. IV S. 81. Mathäi, Kontrov. Lexik. Bd. 2 S. 249 und Sächs. Wochenblatt 1856. S. 91 ff. 1860. S. 152. Die Einrede, daß ein Weg ein öffentlicher sei, gestützt auf unvordenkliche Verjährung, gehört vor die Gerichte; gestützt auf Gesetz, Gewohnheitsrecht und andere Normen des öffentlichen Rechts, gehört sie vor die Verwaltung. Seuffert, Arch. XXVIII, 247; immer vor die Verwaltung XVII, 285.

Digitized by Google

dürfe (opinio juris — qui suo jure uti credidit — l. 25 D. 8, 6). Wenn z. B. eine alte Landstraße zugleich als Feldweg für die anstoßenden Feldgrundstücke benutzt worden ist, und es fiele der Staatsregierung ein, sie einzuziehen und zu vererben, so bezweifeln wir nicht, daß die betheiligten Grundstücksbesitzer mit der confessoria auftreten können; denn das Bewußtsein, daß der Weg ein öffentlicher sei, schließt nicht die Meinung aus, daß man auch ein eigenes Recht noch auf den Gebrauch desselben habe. Anders würde die Sache liegen, wenn der Platz, welcher verändert wird, nicht zur öffentlichen Passage bestimmt ist, und die Anlieger nur faktisch ihn und ohne opinio juris zum Begehen oder Befahren benutzt haben, ohne daß sie durch Verleihung oder Vertrag ein jus proprium daran erworben haben; z. B. wenn neben den Feldgrundstücken von Privaten eine Kommunleede gelegen ist, welche von den Besitzern der erstern als Weg benutzt worden ist, und nun in eine Chaussee verwandelt, aber dergestalt erhöht oder vertieft wird, daß die Ueberfahrt nicht mehr möglich. In solchen Fällen kann weder von einer Klage, noch von einem Entschädigungsanspruche die Rede sein.

Wenn außerhalb eines Dorfes oder einer Stadt durch Anlagen und Veränderungen an Staats- oder Gemeindegrundstücken im öffentlichen Interesse dem angrenzenden Privatgrundstücke Regenwasser zugeführt wird, was es bisher nicht aufzunehmen brauchte, oder wenn Wasser von diesem Grundstücke abzulaufen verhindert wird, so kann man nicht aus l. 2 §. 3. l. 23 pr. D. 39, 3 deduciren, daß dem Bedrohten die a. pl. arc. actio nicht zustehe, denn diese Stellen behandeln nur Schutzanstalten gegen Regenwasser (Gräben, Dämme); wohl aber würde l. 3 §. 3 D. eod. entgegen stehn, aber dann auch die cautio damni infecti zu gestatten sein. Wenn solche Veränderungen aber innerhalb eines Dorfes oder einer Stadt geschehn oder anderes Wasser als

Digitized by Google

Regenwasser in Frage steht, dann treten die Grundsätze der Negatoria ein, und der betroffene Eigenthümer wird mit dieser Klage sich schützen können; falls aber nach der Landesverfassung der Bau nicht verhindert werden kann, und die Zuweisung nicht zu umgehen ist, bleibt ihm ein Anspruch auf Entschädigung offen. Geschieht das opus nicht im öffentlichen Interesse, es wird z. B. von einem Holzgrundstück, das dem Staate oder einer Gemeinde gehört, Regenwasser dem Grundstücke eines Privaten zugewiesen, so steht diesem die actio aq. pl. arcendae ohne Zweifel zu, resp. das interd. ne quid in loco publ. oder die cautio d. infecti.

§. 72.

Inwieweit den Bewohnern eines Staats Privateigenthum und andere Privatrechte für Staats-, Communal- und andere öffentliche Zwecke (Anlegung von Verkehrswegen, Schutzmaßregeln gegen allgemeine Gefahr u. dgl.) entzogen werden können, darüber giebt es wohl in allen deutschen Staaten klare Normen. Ueber die Frage, ob ein Unternehmen, für welches Zwangsenteignung (Expropriation) in Anspruch genommen wird, dem bezüglichen Gesetze auch wirklich unterfalle, hat, wo nichts anderes ausdrücklich verordnet, die höchste Verwaltungs- oder Verwaltungsjustiz-Behörde endgiltig zu entscheiden [25]). Es ist dabei allgemein anerkannter Grundsatz, daß eine solche Enteignung nicht ohne vollständige Entschädigung des Eigenthümers und der sonstigen Interessenten (Pachter, Nutznießer u. dgl.) erfolgen darf. Entschädigung ist indessen nicht blos zu gewähren für das Entzogene, sondern auch für das verbleibende Eigenthum, wenn es durch die Abtrennung minder werth oder schwieriger zu bewirthschaften oder zu gebrauchen ist, und nicht blos

25) Eventuell ist ein besonderes Gesetz nothwendig.

Digitized by Google

für die Oberfläche, ſondern auch für die Schätze im Boden, wenn ſie ſchon erſchloſſen waren, ſowie für den geſtörten Betrieb von Gewerben, Ausbeutung von Steinbrüchen, Braunkohlen-, Thonlagern u. ſ. w.)[26]).

Die Zwangsenteignung entzieht dem Eigenthümer die vindicatio, negatoria und confessoria actio, ſoweit die Unternehmer ſich in den Grenzen ihrer Befugniß und Erlaubniß halten.

Die Negatoria und Confeſſoria, ſowie die aquae pluviae arcendae actio gehn dem Eigenthümer verloren, wenn in ſeiner Nachbarſchaft eine Anlage (Fabrik, Gasanſtalt, Gießerei, Röſtöfen u. dgl.) mit obrigkeitlicher Genehmigung angelegt worden iſt, ſofern nur die Anlage ſelbſt die Vorausſetzung dieſer Genehmigung erfüllt und in den Grenzen derſelben ſich hält. Durch die obrigkeitliche Genehmigung wird der Unternehmer dem Eigenthümer gleichgeſtellt, qui jure suo utitur und in ſoweit nemini facit injuriam, und deshalb kann gegen ihn nicht klagend intendirt werden, jus ei non esse invito me ita facere. Allein die cautio d. inf. verbleibt dem Eigenthümer wegen des Schadens, welchen die Anlage ſelbſt oder deren Betrieb ihm zufügt[27]).

Dieſe gemeinrechtlichen Grundſätze haben auch in der deutſchen Gewerbeordnung Ausdruck gefunden. Einwendungen gegen ſolche Anlagen, welche nicht auf privatrechtlichen Titeln beruhn, ſind bei der polizeilichen Erörterung über die Zuläſſigkeit der Anlage und ihre Einrichtung vollſtändig zu erörtern. Einwendungen, die auf privatrechtlichen Titeln beruhn, hemmen

26) Wendt, neueſter Expropriations-Codex, Nürnberg 1837. Mittermaier, Staats-Lex. von Rotteck und Welker, Bd. V S. 707 ff. Rechtslex. v. Weiske, IV S. 136 ff. Häberlin, Arch. f. civ. Praxis B. 39 S. 1 ff., S. 147 ff.

27) Analog. l. 23 pr. l. 2 pr. D. 39, 3. l. 151 D. 50, 17: nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet. l. 2 §. 12 D. 1, 2. l. 16 D. 1, 3.

Digitized by Google

die Conceſſionstheilung zwar nicht, ſind aber zur gerichtlichen Entſcheidung zu verweiſen, und es kann in Folge derſelben eine Wegnahme oder weſentliche Aenderung der Anlage geſchehn müſſen.

Die auf dem beſtehenden Rechte beruhenden Klagen gegen Abwehr benachtheiligender Einwirkungen können dagegen nur auf Herſtellung von Einrichtungen, welche die Nachtheile ausſchließen, eventuell nur auf Schadenserſatz gerichtet werden [28]). Dieſer Grundſatz iſt auch auf den Betrieb von Eiſenbahnen und dergleichen Anſtalten anzuwenden.

---

28) Deutſche Gewerbeordnung §. 17, 19, 26.

Digitized by Google

VI. Abſchnitt.

Die operis novi nuntiatio [1]).

I. Anſichten der Rechtslehrer überhaupt.

§. 73.

Opus novum facere videtur, qui aut aedificando aut detrahendo aliquid pristinam faciem operis mutat, l. 1 §. 11 D. 39, 1.

Nuntiatio fit aut juris nostri conservandi causa, aut damni depellendi aut publici juris tuendi causa, l. 1 §. 16 cod.

Hoc autem remedium adversus futura opera inductum est, hoc est adversus ea, quae nondum facta sunt, ne fiant, l. 1 §. 1 h. t.

Nuntiatio ex hoc edicto non habet necessariam Praetoris aditionem; potest enim nuntiare quis, etsi eum non adierit, l. 1 §. 2 h. t.

Ueber den Grund und den Zweck dieſes Rechtsmittels, über die in ſeinem Geleite vorkommende Caution und Remiſſion gehn die Anſichten der Gelehrten ſehr auseinander.

1) D. 39, 1. l. 8, 11. Stölzel, die op. n. nunt. und das Int. quod vi aut clam. Burkhard, Glücks Commentar B. 39 u. 40 I. Haſſe im Rhein. Muſ. III 579 ff. Wiederhold, interd. uti possid. S. 65 ff. Schmidt, Gieß. Zeitſchr. N. F. VIII 2. Jahrb. d. gem. Rs. IV, 3 (Rudorff) IV, 7 (Schmidt). Krit. Viertelj. VII S. 287 ff. (Schmidt) XVII S. 242 (Brinz). Karlowa, Beiträge z. Geſch. d. röm. Civilproz. S. 59 ff. Heſſe, Einſpruchsrecht S. 92 ff.

Digitized by Google

Schmidt, der sich um dieses Institut sehr verdient gemacht hat, giebt uns die Resultate seiner Forschungen in Folgendem: 1) Das hier fragliche opus besteht in Bauen und Einreißen. 2) Wer durch ein solches in seinem Eigenthum oder in seiner servitus praed. urbani sich gekränkt erachtet (Hauptfall), der hat die Befugniß zu nuntiiren. 3) Die o. n. nuntiatio ist ein an Ort und Stelle eingelegtes feierliches Privatverbot, wodurch man am gegenwärtigen Zustande Besitz ergreift. 4) Eine mangelhafte N. ist gleich keiner. Mißachtung einer gehörig eingelegten N. giebt dem Nuntianten das interd. demolitorium. 5) Der Nuntiant kann von diesem Bann freiwerden a) durch siegreiche Klage aus seinem Baurecht, b) durch remissio des Magistrats. 6) Die remissio wird namentlich und vor allem ertheilt, sobald der Nuntiat die cautio ex op. n. nunt. geleistet hat, eine verfrühte cautio judicatum salvi. Folge der remissio ist der Wegfall des interd. demolitorium. Die Remission wird zu einer nicht mehr nothwendigen Formalität, seitdem dieses Interdikt den Zusatz erhalten hat: aut in ea causa esset, ut remitti deberet. 7) Durch Leistung der Caution (satisdatio) kommt der Nuntiat in den Besitz der Baubefugniß und wird durch ein eignes interd. prohibitorium geschützt. 8) Der Satz unter 5 a ist im Codex zu Gunsten des Nuntiaten dahin modificirt worden: wer unter dem Banne der N. mit der Klage aus seinem Rechte auftritt, soll verlangen können, daß der Prozeß in 3 Monaten entschieden werde. Geschieht dies nicht, so kann er gegen Caution fortbauen. 9) Die Beseitigung der cautio judicatum solvi im justinian. Recht hatte die Beseitigung der cautio ex op. n. nunt. nicht von selber zur Folge. Beide sind nach Namen und Inhalt verschieden. Eine Veranlassung zur Aufhebung der letztern lag nicht vor. Das Bauen neuer Gebäude und besonders das Einreißen bedarf überall eines schnellen und sicheren Schutzes.

Digitized by Google

Stölzel hat in seiner Einleitung zur Lehre von der op. n. nuntiatio folgende Grundgedanken ausgesprochen:

Der Besitzer darf eigenmächtig seinen Besitz schützen; überdies steht ihm das Recht zu, gerichtlichen Schutz anzurufen. Neben jener Eigenmacht kennt das röm. Recht noch eine schwächere Art der Eigenmacht, welche ihren Ausdruck findet in einem durch Worte oder Handlungen gegen Veränderung des thatsächlich bestehenden Zustands eingelegten Widerspruche. Diese Eigenmacht ist schwächer, als die des Besitzers, denn der Besitzer darf unter allen Umständen via facti die stattgehabte, seinen Besitz störende Veränderung beseitigen. In gewissen Fällen wird jedoch auch der Nichtbesitzer zu einem Widerspruche mit rechtlichem Erfolge (int. quod vi aut clam) zugelassen, wenn er wegen der inhibirten Anlage in seinen Rechten gekränkt erscheint, aber nur gegen den Nichtbesitzer. Die op. novi nunt. ist solch' ein, aber qualificirter Widerspruch; ihre Singularität besteht darin, daß sich ihr auch der Besitzer fügen muß, ihr eigentliches Feld ist gerade die Verhinderung einer Besitzausübung auf Seiten Dessen, den der Nuntiant als Besitzer anerkennt, (in nunt. adversarium possessorem facimus). Der Widerspruch ist jedoch eingeschränkt auf das im Eigenthum oder in besonders qualificirten Servituten liegende unmittelbare Verhinderungsrecht jus prohibendi)[2]). Diesem jus proh. stehe das jus aedificandi (positive Servitut) als besonders exceptivisches Recht entgegen. Die Feststellung des jus proh. sei Zweck des Remissionsverfahrens, wobei aber das jus aedif. nicht in Betracht komme. Das Verfahren hat die Form eines Inter-

2) Stölzel sagt weiter S. 93: „Die nuntiatio bezweckt den zur Zeit bestehenden Zustand zu fixiren, entweder thatsächlich, indem sie zur Folge hat, daß mit Ausführung des Werks bei Vermeidung der Wiederherstellung eingehalten werden muß, oder rechtlich, indem sie den Nuntiaten zur Cautionsleistung nöthigt und so den Nuntianten sicher stellt, daß eine Veränderung des Zustands ihn nicht benachtheiligt." —

Digitized by Google

diktenprozesses; es folge ein die N. bestätigendes oder aufhebendes Dekret.

Die ältere, namentlich von Franke, Hasse und Arndts getheilte Ansicht faßt die Nuntiation als ein Provisorium gegen widerrechtliche Bauten, als ein Privatverbot auf, welches den Nuntiaten ausnahmsweise vor dem Beweise eines Verhinderungsrechts des Nuntianten zur Einstellung des Baues verpflichte, bis der Nuntiant binnen einer vom Prätor anberaumten kurzen Frist Klage erhebe. Nach Ablauf der ungenutzten Frist oder nach Abweisung der erhobenen Klage wegen fehlenden Verbietungsrechts hebe der Prätor durch Remission den Bann wieder auf.

Daß jedoch von einer solchen Frist zur Klagerhebung nirgends die Rede ist, und daß ein Zwang zu klagen, als etwas dem römischen Recht Fremdes, eines positiven Nachweises bedürfen würde, wenn er wirklich glaubhaft sein soll, dies hat schon Schmidt berührt und ausgeführt [3]).

Rudorff gibt das Resultat seiner Erörterungen in folgender Weise wieder: [4])

In Bausachen ist nach prätorischem Recht die Vertheilung der Parteirollen und Beweislast im Streit über das Bau- und Einspruchsrecht von dem Besitzstande geschieden.

Jene erfolgt durch den Prätor mittels der cautio judicatum solvi, bei verweigerter Cautionsleistung durch Translation der

3) Zeitschrift (Gießner) N. F. B. 8 S. 18. Die Berufung auf die cautio d. inf. S. 18 widerspricht jedoch der Behauptung S. 19 alin. 4 u. S. 27.

4) Jahrbuch des gemeinen deutsch. Rechts, B. IV S. 122 ff. — Darauf folgt eine Erwiderung von Schmidt (Jahrb. B. IV S. 210 ff) u. bez. Stölzel B. VII S. 290 der krit. Vierteljahrschrift. — Nach Bangerow §. 676 II. III 1 macht die N. die eigenmächtige Fortsetzung des opus zum Delikt. Ueber die Remission wird extra ordinem verhandelt, das jus prohib. bleibt dabei außer Frage; den Nuntiaten steht event. noch Cautionsleistung offen oder petitorische Klage. Dem Nuntiaten bleibt das jus prohib. reservirt.

Digitized by Google

Parteirollen mittels eigenthümlicher Cautionen. Translatorische Interdicte, wie die Int. Quem fundum und Quam hereditatem im Eigenthums- und Erbschaftsstreit, werden hier nicht gegeben.

Dagegen ist die Ordnung des interimistischen Baubesitzes noch von den Legis-Actionen her eine außergerichtliche geblieben.

Sie beginnt mit einem Privatact des Nuncianten, welchem jedoch die Wirkung eines prohibitorischen Interdicts insofern beiwohnt, als der Nunciat ohne Rücksicht auf die Rechtsfrage den Bau sistiren muß, weil sonst ein restitutorisches Interdict auf Niederreißung unbedingt erlassen werden würde.

Erst nach obrigkeitlicher Wiederaufhebung des Bannes darf der Nunciat weiter bauen. Diese Remission wird unbedingt ertheilt, wenn der Prätor wegen fehlender Legitimation, ohne Judicium über das Prohibitionsrecht, entscheiden kann, so jedoch, daß diese Verwerfung dem Petitorium nicht präjudicirt. Im entgegengesetzten Fall wird die Nunciation nur bedingt resolvirt, d. h. die Remission wird unter der Suspensivbedingung ertheilt, daß der Nunciant im Petitorium unterliegen würde.

Für das entgegengesetzte Interesse des Nunciaten am interimistischen Fortbau ist dadurch gesorgt, daß dieser gegen Caution oder deren Angebot im Baubesitz gerade eben so geschützt wird, wie wenn Remission ertheilt wäre.

Diese Caution ist von der cautio judicatum solvi gänzlich verschieden, sie gewährleistet nur die Herstellung des frühern Zustandes für den Fall der Verwerfung des Bauanspruchs in einem künftigen möglichen Judicium oder für den Fall verweigerter Einlassung, während jene Prozeßcaution den Erfolg eines bestimmten schon eingeleiteten Rechtsstreits verbürgt.

Die Einleitung des Petitorium ist im ältern Rechte facultativ, höchstens enthält der Cautionstermin eine indirekte Nöthigung dazu. Erst Justinian macht den Gerichten die schleunige

Digitized by Google

Erledigung der Streitigkeiten über das Einspruchs- oder Baurecht zur Pflicht und gestattet erst dann, wenn jenes wegen Weitläufigkeit der Sache unmöglich ist, den Fortbau gegen Caution.

Rudorff findet den Zweck (juris conservandi causa) in dem Schutz eines privatrechtlichen Verhinderungsrechts gegen den Verlust durch Verjährung, und den Ursprung der N. in der legis actio, in der alten confessorischen und negatorischen Vindication und Contravindication des Bau- resp. des Verbietungsrechts, ursprünglich an Ort und Stelle in Gegenwart des Prätor, später ohne denselben (ex jure manum consertum); — „der Prohibent sprach das Verbot, beide nahmen die Maße des bereits Gebauten, worauf dieser den Interimsbesitz bis zur Erledigung des Petitorium ordnete". Nach Abschaffung der legis actiones wurde das Petitorium vom Provisorium abgetrennt, und Ersteres durch Sponsion oder petitorische Formel eingeleitet. Jetzt hätte das Provisorium nach Anleitung des Eigenthumsbesitzes und der Fructuarstipulationen durch ein prohibitorisches Interdict geordnet werden müssen, das Edikt überließ jedoch Verbot und Fortbau in herkömmlicher Weise der Privatübereinkunft der Parteien. So blieb die Nunt. als Formalact, als Ausfluß, wenn auch nicht als Behauptung (?) eines jus prohibendi, bestehn, so daß eine Besitznahme, die Niemand erfährt, oder ein Verbot ohne Rechtsbehauptung keine Nuntiation ist. Nur in Betreff der dies nefasti, des suo nomine agere, des certum dicere, der Verhandlung in foro sind die Formalbeschränkungen der legis actio sämmtlich geschwunden, (l. 1 §. 4. 5. 8. 12. l. 5 §. 4 D. h. t.)." —

Welche Bedenken dem Versuche Rudorffs, die Nuntiation an die alte legis actio anzuknüpfen, entgegen stehn, hat Schmidt (Jahrbuch S. 213) erörtert [5]).

5) Diese sind a) Bei der rei vindicatio wurde die Besitzfrage erst nach abgethaner vindicatio (provocare sacramento) und nach dem Uebereinkom-

Digitized by Google

II. Ursprung und nächster Zweck der op. n. n.

§. 74.

Der Ursprung der Nuntiatio ist meines Erachtens in der Sitte der außergerichtlichen Denuntiationen zu suchen; sie ist eine prohibitio (l. 1 pr. h. t.), also inhibitio und denuntiatio (§. 1 Inst. 4, 15: interdicere est denuntiare et prohibere) [6]). Auf diese Volkssitte griff der Prätor zurück und gestaltete aus ihr die Nuntiation. Er verlieh dem privaten Verbot die Kraft eines prätorischen Interdicts [7]), indem er das interdictum demolitorium einfügte, aber sich auch vorbehielt, auf Antrag des Nuntiaten zu erörtern, ob die erforderlichen Voraussetzungen, unter denen die Nuntiation als Interdict fungiren soll, vorhanden seien (remissio); zweitens ordnete er ein für allemal den Baubesitz während des Prozesses, indem er für Den, welcher satisdatio leistete, das Interdict ne vis fiat aedificanti schuf. Damit genügte er zugleich einer wirthschaftlichen und polizeilichen Rücksicht, indem die Unterbrechung eines Baues mit großen Nachtheilen für den Bauherrn verknüpft sein kann, und das Ansehn einer Stadt durch angefangene und unvollendet gebliebene Bauten verunstaltet wird. Dieser letzte Grund, welchen Ulpian als den alleinigen geltend macht, ist jedenfalls der schwächste, und nicht der einzige gewesen, welcher den Prätor geleitet hat [8]).

men über den judex geordnet. b) Die Besitzfrage wird bei der legis actio vom Prätor in Gegenwart und nach Gehör der Parteien geordnet; die nuntiatio ist ein einseitiger, außergerichtlicher Akt. c) Die Ordnung der Besitzfrage erfolgt in jure, nicht auf dem in Frage befangenen Grundstück, die nuntiatio in re praesenti. Grundstücke seien eben so intransportabel, wie unkörperliche Vindicien.

6) Asverus, die Denuntiationen S. 3—10.

7) An eine wirkliche delegatio seines imperium zu denken, wie Rudorff meint, ist wohl nicht angemessen. Burkhard a. a. O. S. 32.

8) Daß die nuntiatio eine denuntiatio, eine außergerichtliche Klagan-

Digitized by Google

Wenn mich ein Anderer im Gebrauche meines Grundstücks d. h. im Besitze stört, so steht mir ein Interdikt zu zur Abwehr dieser Störung. Das kann ich auch gebrauchen, wenn Jemand auf meinem Grundstück etwas bauen oder niederreißen will. Wenn aber der Andere auf dem seinigen etwas bauen oder einreißen will, wodurch er mein Eigenthum gefährdet oder mein Recht verletzt, so mangelt mir der Interdiktenschutz. Ich muß zur petitorischen Klage greifen mit der Aussicht auf einen langdauernden Prozeß, während schnelle Hilfe Noth thut. Denn das Bauen oder Einreißen kann mir einen kaum ersetzbaren Schaden bringen, und für den Gegner kann ein ganz unwirthschaftlicher Verlust entstehn, wenn er inzwischen den Bau vollendet hat und ihn wieder niederreißen oder das Eingerissene wieder aufbauen muß. Um hier schnelle Hilfe zu gewähren, überließ es der Prätor den Parteien, selbst sich zu helfen und das Verhältniß bezüglich des Fortbauens zu reguliren durch das Privatverbot einerseits und die Cautionsleistung oder den Remissionsantrag andrerseits. Dies Alles aber mit Vorbehalt der definitiven Entscheidung über das jus prohibendi und jus aedificandi im ordentlichen Verfahren[9]). Der Mangel des Interdiktenschutzes trifft jedoch nur die sogen. servitutes habendi (serv. praed. urb.), nicht die servitutes faciendi, daher bezüglich der letztern die Nuntiation ausgeschlossen ist, l. 14 D. h. t. l. 6 §. 12 D. 10, 3 (si interfuit aedium), l. 5 §. 9 h. t. Daß nun jener Schutz der servitutes habendi durch Erhaltung des gegenwärtigen Zustands auch zur Erhaltung des Rechts gegen Verjährung diente, in so fern ist Rudorff bei-

---

drohung umfaßte, zeigen die Ausdrücke actor für Nuntiant in l. 20 §. 5 h. t. actiones, quas domine nomini intendit, l. 7 h. t., sowie die Cautionsleistungen der Procuratoren; auch Stölzel findet in der nuntiatio eine angekündigte Klagerhebung, S. 107. A. M. Burkhard S. 49.

9) Bangerow a. a. O. Anm. III, 1.

Digitized by Google

zuſtimmen, nur iſt dieſer letztere Zweck wohl nicht der urſprüngliche Grund der Nuntiation geweſen. Für den Eigenthümer iſt dieſelbe, wenn ein Anderer in deſſen Eigenthumsbereich baut ꝛc., nicht nothwendig, er hat das interd. uti possidetis oder quod vi l. 5 §. 10 h. t.; aber ſie iſt ihm geſtattet, wenn er ſie der Sachlage nach für angemeſſen erachten ſollte[10]). Die Anſicht von Schmidt, daß durch die Nuntiation die Leiſtung der gedachten Caution erzwungen werden ſolle (Hauptzweck der Nuntiation), weil die translatio possessionis das Mittel ſei, dem mit einer actio in rem Belangten die cautio judicatum solvi abzuzwingen, erſcheint mir unhaltbar gegenüber den Quellenausſprüchen, welche ausdrücklich die prohibitio (die Verhinderung des opus novum) als Endziel der Nuntiation bezeichnen, ſie in dieſer Beziehung mit den Interdikten uti possidetis, quod vi aut clam, mit der actio communi dividundo als Prohibitionsmittel auf gleiche Stufe ſtellen, als Vorausſetzung ein jus prohibendi aufſtellen, und den Zweck in das conservare jus nostrum ſetzen[11]). Der Anſicht von Schmidt widerſpricht auch das Motiv, welches Ulpian in l. 20 §. 10 h. t. für die Caution anführt, etenim pertinet ad decus urbium, aedificia non derelinqui, wenn es auch die Sache nicht erſchöpft, und der Ausſpruch in l. 20 §. 11: quum sit securus is, qui nuntiavit, posteaquam ei cautum est, nicht minder die Analogie der Caution bei dem Interd. quod vi aut clam (§. 93 unten).

Während nach dem Interd. quod vi aut clam ohne Weiteres auf Reſtitution erkannt wird, wenn ein vi oder clam factum

---

10) Den civilrechtlichen Urſprung der N. behaupten Haſſe, Rhein. Muſ. III S. 627, Schmidt, Jahrb. IV S. 211 ff., Karlowa a. a. O. S. 73; prätoriſchen Stölzel a. a. O. S. 116, 117.

11) l. 1 pr. §. 1, 7, 17. l. 3 § 1, 2. l. 5 §. 17 h. t. l. un. pr. D. 43, 25.

Digitized by Google

vorliegt, ſchiebt der Prätor hier zwiſchen die Nuntiation und das interd. demol. zwei Mittelinſtanzen ein, die Remiſſion und die Caution. Man fragt dabei, aus welchem Grunde? Bei dem Interdikt quod vi kommt auch eine Caution vor, allein nicht als Beſtandtheil des Interdikts, ſondern als Interpretation der Juriſten, die dahin geht, daß der nicht Eigenmacht übe, welcher bereit ſei, vor Gericht ſich zu ſtellen und Caution leiſte [12]). Die Caution in Folge der Nuntiation dagegen iſt Inhalt des Edikts und wird der Remiſſion ſubſtituirt und gleichgeſtellt. Beide, Caution und Remiſſion, ſind nach meiner Anſicht nicht nothwendige juriſtiſche Momente der Nuntiation, ſondern beruhn auf rechtspolitiſchen und baupolizeilichen Gründen. Einen begonnenen Bau Jahre lang liegen laſſen zu müſſen, das kann für den Unternehmer einen unerſetzlichen Schaden herbeiführen und dem Orte zu großer Unzier und Unbequemlichkeit gereichen. Aus dieſem Grunde wird das Fortbauen nach der Nuntiation durch cautio und remissio ermöglicht, ohne daß der Nuntiant dadurch gefährdet oder an ſeinem jus prohibendi effektiv verletzt wird. Auf dieſen Grund weiſt Ulpian in l. 20 §. 10 ausdrücklich hin, nicht minder aber auch der Satz, daß bei gewiſſen Bauten (Reinigung und Beſſerung der Cloaken) und bei allen Bauten, wo Gefahr im Verzuge iſt, die Nuntiation unwirkſam ſein ſoll, l. 5 §. 11, 12 h. t. [13]). —

Bei dem Interdikt quod vi haben die opera, welche einzuſtellen ſind (§. 90), keine ſolche Eile und Dringlichkeit, wie die

---

12) Dieſe Cautionsleiſtungen in Bezug auf einen künftigen Rechtsſtreit vor Beginn deſſelben beruhn wohl auf römiſcher Sitte.

13) Wenn Schmidt bei der Nuntiation von einem damnum infectum ſpricht, ſo hat er nicht daran gedacht, daß dieſer Ausdruck nur von einer Beſchädigung von Grundſtücken und darauf befindlichen Sachen gebraucht wird, während bei der Nuntiation es ſich um Erhaltung und Bewahrung eines dinglichen Rechts handelt.

Digitized by Google

Bauwerke der Nuntiation; auch sind die Voraussetzungen: opus in solo — Interesse — vi aut clam factum — viel einfacher als bei der Nuntiation. Deren Tragweite ist in engere und strengere Grenzen gebannt (Bauwerke, servitutes habendi) und ihre Wirksamkeit an eine Mehrzahl formeller und materieller Bedingungen geknüpft, deren Vorhandensein nicht immer eine unzweifelhafte Sache ist (z. B. Gefahr im Verzuge), und bei denen überhaupt leicht ein Versehn vorkommen konnte, in Folge dessen die Nuntiation unwirksam wurde. Wollte der Nuntiat hier fortbauen, auf die Einrede der Unwirksamkeit sich stützend, so trug er jederzeit ein großes und gefährliches Risiko, da ihn sein Gegner das ganze Werk vollenden lassen konnte, ehe er aus dem interd. demolitorium klagte. In diesem Risiko des Nuntiaten und in der Dringlichkeit des Bauens resp. in der Gefahr im Verzuge finde ich das Motiv der remissio [14]).

II. Form und Object der Nuntiatio.

§. 75.

Die operis novi nuntiatio wird von Schmidt treffend als ein Privatact, Formalact und Besitzact charakterisirt; als Besitzact, insofern es sich um den Quasibesitz von Servituten, d. h. um Erhaltung des gegenwärtigen Zustands, nicht um Eigenthums- (Sach-) Besitz handelt [15]). Sie ist also zunächst Privatact, d. h. eine außergerichtliche denuntiatio, eine Ankündigung eines Widerspruchsrechts gegen einen Neubau oder Einreißen eines bestehenden Gebäudes unter Klagandrohung [16]).

---

14) l. 5 §. 17 h. t. (Gleichstellung der cautio und remissio), l. 21 §. 1 h. t., quia molitio ejus non impeditur.

15) Schmidt, Zeitschr. S. 30.

16) l. 1 §. 2. l. 21 pr. im Gegensatz zu l. 5 §. 13 und l. 1 §. 2 h.

Digitized by Google

Durch das Edikt des Prätors ist ihr die Kraft eines prätorischen Interdikts verliehn worden; wer sie nicht beachtet, contra interdictum Praetoris facere videtur et ideo hoc destruere cogitur[17]). Wer zweifelhaft ist, ob er die Nuntiatio in concreto gebrauchen darf, kann bei dem Prätor anfragen; auf einseitigen Vortrag schlägt der Prätor sie ab, wenn sie offenbar nicht begründet (denegat), oder er gestattet sie, läßt sie zu (jubet), ohne Präjudiz für die spätere Erörterung im Remissionsverfahren, sowie für die Klage aus dem Rechte selbst (l. 1 §. 2. l. 16. l. 19 h. t.[18]). — Stellt der Nuntiat in Abrede, daß sie gegen ihn oder gegen sein Werk statt habe, so hat darüber der Prätor später zu cognosciren; post o. n. nuntiationem committunt se litigatores praetoriae jurisdictioni[19]). — Die nuntiatio geschah in förmlichen Worten[20]), wobei jedenfalls der Ausdruck „nuntio“ technisch war, sie enthielt die Ankündigung des Einspruchs und des Rechts, worauf er sich stützt[21]). Unzweifelhaft findet hier analoge Anwendung, was

---

t.; eine nuntiatio judicialis giebt es nicht, das wäre ein Interdikt. Schmidt a. a. O. S. 28.

17) l. 20 §. 1. l. 1 §. 10 h. t.

18) Schmidt, Zeitschr. l. c. S. 29, Berechtigung des Nuntiaten zur provocatio sponsione, Jahrb. cit. S. 214. Bangerow, Pandekten §. 676. Karlowa, Beitr. z. Gesch. des röm. Civilproz. S. 60 nota 5. Hasse a. a. O. §. 46.

19) l. 1 §. 9. l. 5 §. 18, §. 14 h. t.

20) Schmidt, Zeitschr. S. 27. Asverus (die Denuntiationen) S. 126. Solennitätszeugen waren nicht nothwendig. Burkhard S. 80. Stölzel S. 21.

21) l. 5 §. 15 h. t. ceterum si in totum opus fiat, non est necesse demonstrare, sed hoc ipsum dicere. l. 21 pr. h. t. Die Gründe, welche Asverus S. 216 dagegen vorbringt, sind nicht stichhaltig. Eben so die von Stölzel S. 133 und Burkhard S. 45 ff. angeführten Gründe. Der Mangel einer klaren Bestimmung in den Quellen läßt sich aus der praktischen Selbstverständlichkeit der Angabe des Rechts erklären, und l. 21 pr. h. t. enthält wohl mehr, als Burkhard einräumt. Bur-

Digitized by Google

von der editio actionis in l. 1 pr. D. 2, 13 gesagt wird: ut proinde sciat reus, utrum cedere, an contendere ultra debeat. Für diese Ansicht spricht weiter das praktische Bedürfniß und das rationelle Moment, daß der Nuntiat erst nach Kenntniß des Nuntiationsgrundes sich entscheiden kann, ob er den Bau unterlassen soll oder nicht, was auch bei der editio actionis maßgebend war. Endlich würde die Nuntiatio eine unerklärliche Ausnahme bilden von allen andern Denuntiationen, bei denen jederzeit zur Wirksamkeit derselben die Angabe des Rechtsgrundes erforderlich ist[22]). Warum man ohne einen klaren Quellenanhalt eine Ausnahme zulassen und ein praktisches Moment beseitigen will, ist mir unerklärlich. — Der Einspruch muß an Ort und Stelle (in re praesenti) geschehn, wo das Bauwerk, welches inhibirt werden soll, in Angriff genommen wird[23]), l. 5 §. 4 h. t. (ut confestim ab opere discedatur si quid fuerit operis per ignorantiam factum), also im Interesse des Unternehmers (Burkhard S. 33 gegen Stölzel S. 23). Nach l. 5 §. 15 muß der Nuntiant genau bezeichnen, in quo loco op. n. nuntiet, damit der Gegner wisse, wo er fortbauen kann und wo er den Bau einstweilen einstellen muß. Die Nuntiatio kann auch an mehreren Orten gleichzeitig erfolgen müssen[24]); und ist schon der Bau begonnen, so ist durch eine von Zeugen vollzogene Niederschrift (in testationem referre) dies festzustellen; auch pflegt der Prätor anzuordnen, daß von

---

hardi, Lehrb. II S. 589. Das Anbieten der Caution oder Ansuchen der Remissio von Seiten des Nuntiaten setzt nothwendig einen bestimmten Rechtsanspruch (eine angedrohte concrete Klage) voraus.

22) Asverus, l. c. S. 216.

23) Der Nuntiant hat anzugeben, ob er gegen das Werk im Ganzen, oder nur gegen theilweise Fortsetzung Einspruch erhebt, l. 5 §. 15 h. t.

24) l. 5 §. 16 h. t.

Digitized by Google

dem Gebauten nach Höhe, Breite und Tiefe Maße genommen und zu ihm gebracht werden[25]).

Die Nuntiation kann an allen Tagen (auch den nefastis) geſchehn, und nicht blos suo, ſondern auch alieno nomine, in Vertretung eines Andern, nur muß der Vertreter (procurator u. dgl.) Caution wegen Genehmigung Seiten des dominus leiſten. Ein Minderjähriger kann nur mit Beitritt des Vormunds, und nicht publici juris tuendi causa, ein Vormund oder curator kann auch allein giltig Einſpruch erheben, ein Sclave niemals[26]). Ein Hauptſatz iſt, daß die Nuntiatio nicht an den Beſitzer ſelbſt, der das Werk veranſtaltet, geſchehn muß, ſondern auch an ſeinen Sclaven, an ſeine Arbeiter, an ſeine Frau oder Kinder, welche gegenwärtig ſind am Bauorte, überhaupt an Jeden, durch welchen Gelegenheit gegeben iſt, daß der Bauherr den Einſpruch erfahre, giltig erfolgen kann[27]). Miteigenthümer müſſen ſämmtlich nuntiiren, l. 6 §. 5 h. t. (Stölzel S. 73.)

Die N. findet nur ſtatt gegen Bauten, die noch im Entſtehen begriffen ſind (adversus futura opera — quae nondum facta sunt)[28]). Ein ſolches Bauwerk wird ein opus

---

25) l. 8 §. 1, §. 5 h. t. Das in testationem referre iſt kein Formalact, wie Rudorff S. 130 meint, ſondern Beweisaufnahme.

26) l. 1 §. 4. l. 1 §. 3. l. 5 §. 18. l. 13 pr. l. 5 pr. §. 1 h. t. Ueber l. 13 §. 1 h. t. — ſiehe Bangerow §. 676 Anm. I. 4.

27) l. 5 §. 1, 3. l. 1 §. 5. l. 10, 11 h. t., ei nuntiari potest, qui domini operisve in re praesenti fuit.

28) Opus autem factum accipimus, non si unum vel alterum caementum fuit impositum, sed si proponatur instar quoddam operis, et quasi facies quaedam facta operis. l. 21 §. 3 h. t. Es muß eine ſelbſtſtändige, ſeinem Zweck entſprechende Geſtalt und Form erlangt haben. Mit der Vollendung des Werks iſt der Quaſibeſitz von dem Gegner auf den Bauurheber übergegangen, alſo eine Beſitzwahrung nicht mehr möglich, l. 6 §. 1 D. 8, 5. Zweifel haben erregt (Unterholzner, Schuldv. II, 173) l. 5 §. 11 h. t und l. 3 §. 8 D. 43. 21; allein daß bei dem

novum genannt, und es unternimmt ein solches, qui aut aedificando, aut detrahendo aliquid pristinam faciem operis mutat. Jedoch kommen nur Werke, welche mit Grund und Boden in Verbindung stehn, in Betracht, quorum aedificatio vel demolitio (z. B. bei der oneris ferendi) videtur op. novum continere. Ein altes Gebäude stützen und ausbessern (ohne Einreißen) zählt nicht als opus novum[29]).

Auf den Ort, wo es geschieht, kommt nichts an, ob er intra oppida oder extra oppida, in privato oder in publico sich befindet, ob er Gebäude hat oder locus vacuus ist, ist gleichgültig. l. 1 §. 14. l. 20 §. 2 h. t.

III. Materielle Bedeutung und Wirkung.

§. 76.

Das nächste Ziel der Nuntiatio ist immer die Einstellung des Baues (ut opus inhiberetur — cui nuntiatum est, abstinere oportere)[30]); dadurch wird im Hauptfalle der Nuntiatio bei den servitut. habendi nach l. 6 D. 8, 2 und l. 6 §. 1 D. 8, 5 der Besitz erhalten (alioquin si nihil novi feceris, retines servitutem — et si forte non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est; nam quum nihil sit innovatum, ille possidet — sed si patiente eo (non prohibente) aedificavero, ego possessor ero effectus. Eben so wird aber, wenn sich Jemand

---

reficere et purgare an ein Bauen resp. vorgängiges Einreißen (Oeffnen der Cloake ꝛc.) zu denken ist, beweisen l. 1 §. 6, 7 D. 41, 23, Burkhard S. 17 ff.

29) l. 1 §. 6 D. 43, 21. l. 1 §. 11—14. l. 20 §. 2 h. t.

30) l. pr. (per nunt. inhiberetur) l. 1 §. 1 (ne fiant) l. 5 §. 15 (abstinendum est) l. 8 §. 4 h. t. Burkhard S. 54 ff. Stölzel S. 93 zieht unpassend die Caution mit heran.

Digitized by Google

durch Bauen auf fremdem Eigenthum eine Servitut anmaßt, der Beſitzerwerb vom Eigenthümer mittelſt der N. verhindert [31]).

Durch die Leiſtung der Caution verwandelt ſich zwar die Scene; der Nuntiat darf fortbauen; allein der Zweck der Nuntiatio wird doch, wie ſchon oben dargethan worden iſt, dabei erreicht. Wenn der Nuntiat die Caution leiſtet, ſo erlangt er durch das prätoriſche Interdikt ne vis fiat aedificanti den Baubeſitz, in operis novi nuntiatione possessorem adversarium facimus [32]).

Von der Form, aber auch von der Wirkung der Nuntiation wird geſagt: nuntiatio in rem fit, non in personam. Sie iſt nicht gegen eine beſtimmte Perſon gerichtet, ſondern gegen das Werk ſelbſt. Dies gilt in doppelter Beziehung; ſie wirkt, si cuilibet intelligenti, veluti fabro, servo u. dgl. nuntiatum, auch gegen Abweſende, Unmündige, Kinder, Wahnſinnige, Willenloſe und Unwiſſende; wenn eine Nuntiation nicht hinterbracht wird, kann ſich der Nuntiat damit gegen den Nuntianten nicht entſchuldigen, er muß ſich an Den halten, der darin ſäumig geweſen; für Abweſende, Unmündige u. ſ. w. haben procuratores und tutores das Erforderliche (Einſtellung des Baues oder Cautionsleiſtung, Remiſſion) zu beſorgen [33]). Die zweite Bedeutung des in rem fit erhellt daraus, daß die Nuntiation nicht blos gegen den Nuntianten (den Beſitzer und Urheber des Werks zur Zeit der Nuntiation) wirkt, ſondern auch gegen den Nachbeſitzer, falls dieſer das verbotene opus unternimmt. Dies geht aus l. 8 §. 7 und l. 23 h. t. hervor. „Quod si is,

---

31) Rudorff (Jahrbuch) S. 122.

32) l. 1 §. 6. l. 5 §. 10 h. t. Vgl. l. 7 §. 2 D. 43, 24: licere enim debet aedificare ei, qui satis dederit, quum possessor hoc ipso constituatur.

33) l. 10. l. 11. l. 1 § 5. l. 5 pr. §. 1—3 h t. Das Edikt lautet nicht ne opus faceres; ſondern ne quid operis fieret, l. 20 pr. h. t.

Digitized by Google

cui opus novum nuntiatum erat, decesserit vel aedes alienaverit, non exstinguitur op. novi nuntiatio". — „Is, cui opus novum nuntiatum erat, vendidit praedium et emtor aedificavit; — respondit, quum op. n. nuntiatio facta est, si quid aedificatum est, emtor, id est dominus praediorum, tenetur, quia op. n. nuntiatio non personae fit, et is demum obligatus est, qui eum locum possidet, in quem o. n. nuntiatum est".

Daß dieser Grundsatz richtig ist, obschon er von den Meisten bezweifelt wird, folgt zunächst aus der Bedeutung des in rem überhaupt; darin liegt immer die Wirksamkeit eines Rechtsmittels, welches über eine bestimmte Person hinausgreift, angedeutet [34]). Für denselben spricht die Vergleichung des Int. quod vi aut clam; dies geht nur gegen die Person und trifft doch den Besitzer, qui non fecit und nicht prohibirt wurde, auf patientiam; die nuntiatio in rem muß offenbar eine stärkere Wirkung äußern. Ferner: wenn der Besitzer, welchem nuntiirt wurde, haftet, obschon er die Nuntiation vielleicht gar nicht erfahren hat (adversus absentes, invitos et ignorantes procedit), so ist es logische Consequenz oder mindestens keine Inconsequenz, daß auch der Nachbesitzer aus der früheren Nunt. verhaftlich wird, das verbotene Werk zu unterlassen. Der Verkäufer (auctor) ist ja rechtlich verbunden, dem Käufer alle Servituten und Beschränkungen des Grundstücks mitzutheilen; er hat ihm folglich auch die ihm geschehene Nuntiation zu eröffnen und wird für die Unterlassung dem Käufer regreßpflichtig [35]). Die l. 3 §. 3 D. 4, 7 [36]) kann diesem Grundsatze in keiner

34) Jahrbücher für Dogmatik B. VIII S. 80 ff.

35) l. 1 §. 1 D. 19, 1: Sed si id egit venditor, ne cognosceret emtor, aliquam servitutem deberi, opinor, eum ex emto teneri. l. 8 l. 11 §. 1 eod. l. 62 §. 1. l. 66 pr. D. 18, 1.

36) Opus novum si tibi nunciaverim, tuque eum locum alienaveris

Digitized by Google

Hinsicht entgegen gestellt werden. Hätte der Grundsatz nicht Geltung gehabt, oder nur mit der Einschränkung gegolten, daß der Nachbesitzer die Nunt. erfahren hatte oder erfahren konnte[37]), so hätte Gajus hier nicht in der Weise, wie geschehn, demonstriren dürfen, jedenfalls hätte er am Schlusse nicht sagen können: quia ei nuntiatum non sit; sondern hätte sagen müssen, weil er nicht in der Lage war, die Nuntiatio zu erfahren. Jene Einschränkung widerstreitet auch ganz entschieden den Bestimmungen in l. 1 §. 5 (adversus invitos et ignorantes) und in l. 10 und 11 resp. l. 8 §. 7 h. t. (alienatione et morte non exstinguitur), besonders aber dem Ausspruche in l. 5 §. 3: sufficit enim, in re praes. op. n. nuntiationem factum esse sic, ut domino possit renuntiari. Die Nunt. ist wirksam, auch wenn sie nicht dem Bauherrn hinterbracht wurde, wenn sie nur so geschah, daß sie ihm hinterbracht werden konnte. Man könnte vielleicht die l. 3 §. 3 D. 4, 7 dahin interpretiren, daß sie unter Anerkennung des Rechtssatzes, daß die nuntiatio auch gegen den Nachbesitzer wirkt, das judicium de alienatione jud. nunt. causa darum zulasse, weil hinsichtlich des Thatsächlichen und des Beweises, über-

---

et emtor opus fecerit, dicitur, te hoc judicio (de alienat. jud. mutandi causa) teneri, quasi neque tecum ex op. n. agere possim, quia nihil feceris, neque cum eo, cui id alienaveris, quia ei nuntiatum non sit.

37) So erklären die Stelle Rudorff S. 133 und Stölzel S. 224 ff. Bangerow (Pand. III S. 552) will l. 23 h. t. nur von dem patientiam praestare des Besitzers verstehn. Dazu giebt das Fragment aber nicht die leiseste Andeutung und Gajus hätte dann in l. 3 D. 4, 7 §. 2 und 3 einfach zusammenfassen müssen. Die Berufung auf das patientiam praestare des Käufers in §. 2 paßt auch nicht, weil der Fall in §. 3 von einem Verkaufe vor gemachtem Werke spricht. Das Argument ist überhaupt zweischneidiger Art. Vgl. Stölzel S. 225. S. 223 setzt er bei dem Erben und Käufer voraus, daß die N. zu seiner Kunde gelangte oder weil sie in Gegenwart eines seiner Angehörigen erfolgte, gelangen mußte. Dagegen Burkhard S. 210 ff.

Digitized by Google

haupt durch die veränderte Prozeßlage in Folge der alienatio, der Nuntiant durch die Veräußerung des Nuntiaten in Nachtheil versetzt werden kann. Allein die Stelle selbst enthält eine Unrichtigkeit. Die actio in factum beruht darauf, daß die Klage, die ursprünglich gegen den Veräußerer ging, in Folge der alienatio gegen den Käufer angestellt werden muß, l. 1 pr. l. 3, 4 D. 4, 7. In der fraglichen Stelle aber wird gesagt, daß die Klage nicht gegen den Käufer gehe. Sie kann also gegenüber ganz klaren Aussprüchen keine Bedeutung haben[38]).

Die Nuntiation erlischt in activer Beziehung durch den Tod des Nuntianten oder durch Veräußerung des Grundstücks, zu dessen Gunsten Einspruch erhoben worden war, wenn noch nicht gebaut war, l. 8 §. 6 h. t.[39]) Der Grund hierzu liegt darin, daß mit jenen Thatsachen das jus prohibendi, welches durch die actio negatoria und confessoria zur Aeußerung kommt, erlischt. Beide Klagen werden nicht in Ansehung des Vermögens, sondern in Ansehung von Grundstücken erhoben, um Eigenschaften derselben (Freiheit von Servituten oder zuständige Servituten — qualitates praedii) zu vertheidigen und zu schützen; sie sind also wesentlich an den Besitz des Grundstücks geknüpft, der mit dem Tode und der Veräußerung verloren geht[40]). Anders liegt das Verhältniß bei dem Interdict quod vi, welches das Vermögensinteresse wahren soll, und bei dem Interdikt de demoliendo.

Ob die Wirkung der nuntiatio (die inhibitio operis) ins Unendliche fortwirkte, ersehn wir aus den Digesten nicht; aber es ist an sich unwahrscheinlich, da alle Klagen und Interdicte

---

38) Baron, krit. Vierteljahrsschr. VII, S. 530. Burkhard S. 221. A. M. Windscheid, Pand. §. 466 not. 12.

39) Burkhard S. 193.

40) Jahrbücher für Dogmatik B. VIII S. 48 ff. Selbst die persönliche actio aq. pl. arc. geht mit der Veräußerung verloren, l. 6 §. 4 D. 39, 3.

Digitized by Google

auf Zeit beſchränkt ſind, und c. un. Cod. 8, 11 läßt mit ziemlicher Sicherheit erkennen, daß ihr Effect auf den Zeitraum eines Jahres begrenzt war.

Die Unterlaſſung der op. novi nuntiatio hat auf das materielle Recht des Nuntianten keinen Einfluß, insbeſondere wirkt ſie keinen Verluſt der petitoriſchen Klage oder des Interdictum quod vi aut clam, oder eines reſtitutoriſchen Interdikts de loco publico. Dies ergiebt ſich aus l. 6 §. 1 D. 8, 5: sed si patiente eo aedificavero, ego possessor ero effectus. Alſo nur ein Verluſt des Quaſibeſitzes tritt ein, und die Unterlaſſung der Nuntiation drängt den Betreffenden zur Rolle des Klägers, l. 8 §. 3 eod.: Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint; si vero non sunt immissa, eum, qui negat. Weiter erhellt obige Behauptung aus l. 1 §. 1 D. h. t.: nam si quid operis fuerit factum, quod fieri non debuit, cessat edictum de operis n. nuntiatione, et erit transeundum ad interdictum quod vi aut clam, ut restituatur, et Quod in loco sacro religiosove, et Quod in flumine publico ripave publica factum erit; nam his interdictis restituetur, si quid illicite factum est. Endlich iſt noch l. 19 h. t. heranzuziehen; denn wenn denegata exsecutione operis novi, nihilominus integrae legitimae actiones manent, ſo muß dies auch der Fall ſein, wenn die op. novi nuntiatio überhaupt nicht erhoben worden iſt. Auf den bei der cautio d. inf. und der aq. pl. arc. actio geltenden Grundſatz, daß in der Duldung und Zulaſſung eines neuen (ſchadendrohenden) Werks ein Verzicht auf die Klage liegt, kann man nicht zurückgreifen; vgl. §. 47.

Wiederhold [41]) dagegen behauptet einen Verluſt der pe-

41) Das interdict. Quod vi aut clam und die oper. novi nunt.; Hanau, 1831 S. 97 ff. Jhering, Jahrb. f. Dogm. VI S. 99 iſt der

Digitized by Google

titorischen Klagen durch Unterlassung der op. n. nuntiatio, indem er sich auf die in der Formel der Confessoria bei negativen Servituten und in der Formel der Negatoria gegen angemaßte affirmative Servituten übliche Clausel invito se, welche bedeute, daß gegen seinen Willen die in Klage befangene Thatsache vorgegangen sei, was Derjenige, der sie ohne Einspruch zugelassen habe, nicht behaupten könne — und ferner auf die l. 28 D. 10, 3 (comm. divid.) v. ut tamen socius factum opus tollat, cogi non potest, si quum prohibere poterat, hoc praetermisit — beruft. Dieser Ansicht kann man nicht beistimmen; die Clausel invito se bezieht sich niemals auf die Thatsache, daß man nicht eingewilligt habe, sondern nur auf die ausdrückliche Einräumung eines dinglichen Rechts an seinem Grundstücke, und die Vorschrift der l. 28 cit. beschränkt sich auf die persönlichen Beziehungen zwischen Miteigenthümern; das diesen zustehende jus proh. ist ein persönliches Recht und wesentlich verschieden von dem jus proh., als Unterlage der Nuntiation [42]). Der von den ältern Juristen (mit Berufung auf Bartolus u. s. w.) aufgestellte Satz: si quis aedificat in suo vel in alieno sciente et patiente vicino, non potest agi, ut opus destruatur, ist entschieden falsch, eben so die Entscheidung mancher Gerichtshöfe, daß der Servitutberechtigte, welcher die Vollendung eines novum opus geduldet (?) habe, nur Entschädigung fordern könne [43]), nicht Wegnahme.

Meinung, der Kläger müsse auf seine Kosten dann beseitigen, desgl. Unterholzner, Schuldv. II S. 170. Dageg. Stölzel S. 99, Burkhard S. 163.

42) l. 3 §. 1. 2 D. 39, 1. Jahrb. f. Dogm. B. VIII S. 65 ff. §. 98 unten.

43) Das O.A.G. in Celle (Seuffert Arch. V 337). Weitläufig, aber nicht immer treffend, widerlegt Stölzel die Ansicht Wiederhold's S. 78 ff. Er will in dem invito se eine Einrede erblicken, welche der Beklagte der conf. oder neg. entgegensetzen kann. Dagg. Karlowa a. a. O. S. 77 Anm. 32.

Digitized by Google

Dagegen ist die Unterlassung der Nuntiatio nicht ohne Folgen bezüglich der cautio d. inf. und eines opus in publico[44]).

Die Nunt. findet nicht Statt (contemni potest) gegen Bauten, welche Behufs der Reinigung und Ausbesserung der Wasserleitungen und Cloaken vorgenommen werden. Wegen ihrer Nothwendigkeit und der Gefahr dabei im Verzuge sind diese Akte durch ein besonderes Interdict geschützt. Weiter findet die Nuntiatio nicht Statt, wenn Gefahr im Verzuge ist. Praeterea Praetor generaliter cetera quoque opera excepit, quorum mora periculum aliquod allatura est[45]).

IV. Die Zwecke und Gründe der Nuntiation, einzeln betrachtet.

§. 77.

A. Nuntiatio juris nostri conservandi causa.

Ulpian gibt hierüber folgende Anleitung: Nuntiatio fit aut juris nostri conservandi causa (l. 1 §. 16 h. t.). — Nuntiamus autem, quia jus aliquid prohibendi[46]) habemus (l. 1 §. 17) und Juris nostri conservandi causa opus novum nuntiare potest, ad quem res pertinet (l. 1 §. 19). Der letzte Ausdruck kommt in sehr weitgehender Bedeutung vor; für den Sinn, welchen er hier haben kann, ist l. 181 D. 50, 16 zunächst maßgebend. Das jus prohibendi geht hervor aus dem Eigenthum oder einer Servitut; es wird gewöhnlich geübt durch die negatoria und confessoria actio, l. 5 in §. 8 und

---

44) Vgl. oben §. 7 und 22 und §. 79 unten.

45) l. 5 §. 11. 12. 13 h. t. apud judicem quaeri debet bedeutet nicht eine Anfrage bei dem Prätor (Karlowa S. 64), sondern eine Erörterung vor dem judex aus dem Interd. demolit. (Rudorff S. 128. Schmidt, Zeitschr. VIII S. 214); Perfektum nuntiaverit!

46) Vgl. hierüber meine Abhandlung in den Jahrb. f. Dogm. B. VIII S. 60 ff. Das jus prohib. der Miteigenthümer unter sich ist davon verschieden, §. 97, 98 unten.

Digitized by Google

9 h. t.[47]). Die causa naturalis, quum in aedes nostras quid immittitur aut aedificatur in nostro, bezeichnet hier als den Grund der Nuntiatio die Natur des Eigenthums, die natürliche Freiheit desſelben; die Thatſachen, gegen welche die Nuntiation gerichtet erſcheint, bilden die Veranlaſſung zur actio negatoria. Die causa impositicia deutet einen auf äußeren poſitiven Thatſachen beruhenden Grund an, und das posteaquam servitutem aedibus suis imposuit, contra servitutem fecit, enthält die Veranlaſſung der actio confessoria. Wenn dann ferner Ulpian in l. un. §. 3 D. 43, 26 ſich dahin äußert: jus op. n. nuntiandi (§. 2 vorher: ubi jus est nuntianti prohibere) habet, qui aut dominium aut servitutem habet, ſo entſpricht dieſe Aeußerung nicht nur vollkommen der vorher erläuterten Stelle (l. 5 §. 9 h. t.), ſondern berechtigt uns auch, ſie dahin zu umſchreiben: jus op. n. nunt. habet, qui aut actionem negatoriam (dominium) aut confessoriam (servitutem) habet. Jeden Zweifel aber hebt l. 8 §. 4 D. de religiosis: Nec solum domino haec actio competit, verum ei quoque, qui ejusdem loci habet usumfructum, vel aliquam servitutem, quia jus prohibendi etiam hi habent[48]).

Nur iſt wohl zu beachten, daß das jus nuntiandi und das jus prohibendi zwei völlig verſchiedene Begriffe ſind, und daß das erſtere das zweite nicht vollkommen deckt; denn das jus prohib. bezieht ſich auf das Recht ſelbſt und wird durch die negat. oder confess. realiſirt, das jus nuntiandi bezieht ſich nur

47) §. 8: Sed et si in aedes nostras quis immittat, aut in loco nostro aedificat, aequum est, nos novi op. nuntiatione jus nostrum nobis conservare. §. 9: Et belle Sextus Pedius definiit, triplicem esse causam n. o. nuntiationis, aut naturalem, aut publicam, aut impositiciam. —

48) Vgl. noch l. 41 §. 1 D. 8, 2. l. 14 D. 8, 5. l. 5 pr. D. 7, 6. l. 6 §. 1 D. 8, 5.

Digitized by Google

auf Besitzstörung, und eröffnet nur das Vorspiel zu diesen Klagen. Dann haben wir ferner die positive Vorschrift, daß die nuntiatio nur zum Schutz solcher Servituten gebraucht werden kann, deren Inhalt einzig und allein in der Verpflichtung des Nachbars besteht, nicht zu bauen oder nicht einzureißen [49]).

Miteigenthümern unter sich wird die Nuntiation versagt, selbst wenn Einer von ihnen neben dem gemeinschaftlichen Gebäude ein allein eigenes hat, l. 2 §. 1 §. 2 h. t. Der Grund [50]) kann kein anderer sein, als der, daß ihnen unter einander die Negatoria nicht zusteht, sondern auf der Basis ihres persönlichen Verhältnisses zu einander bezüglich der Disposition über die Substanz, über die Beschaffenheit und den Gebrauch des Grundstücks nur ein persönliches Prohibitionsrecht, event. die Klage communi dividundo oder das interdictum uti possidetis zukommen [51]). Weshalb aber steht ihnen die Negatoria nicht zu? Einfach deshalb, weil keiner zum Andern sagen kann: jus tibi non est aedificandi etc.; der Andere hat ein Recht zur Disposition über die Sache, aber kein ausschließliches, sondern ein an die Zustimmung der socii gebundenes. Selbst wenn aus dem allein eignen Hause in das gemeinschaftliche etwas projecirt oder immittirt wird, ist die Negatoria ausgeschlossen; der Mitbesitzer kann zu dem alleinbesitzenden socius nicht sagen: jus tibi non esse me invito in aedem com-

49) l. 5 §. 9. l. 14 h. t. Dies bestätigen sämmtliche Beispiele der Nuntiatio in l. 15 D. 8, 2. l. 6 §. 7 D. 8, 5. l. 1 §. 7. l. 2. l. 5 pr. l. 15 D. h. t. l. 13 §. 10 D. 39, 2. l. 1 §. 4 D. 43, 25. Der Grund liegt in dem Mangel von Besitz-Interdicten.

50) Sehr verschieden sind die Ansichten darüber. Bangerow und Wiederhold: Der nuntiirende socius würde sich selbst verpflichten, was rechtlich unmöglich. Stölzel S. 117: obligatorischer Nexus, die socii sind durch andere Rechtsmittel gesichert; durch Caution würde der socius ein einstweiliges Baurecht erhalten, was ihm nicht gebührt. Burkhard S. 95 ff.: Mangel der negatoria.

51) l. 28 D. 10, 3. l. 11. l. 26 pr. D. 8, 5. l. 27 pr. D. 8, 2.

Digitized by Google

munem immittere, weil er nicht allein darüber verfügen und ein Recht einräumen oder verſagen kann [52]). Die Sätze in l. 27 pr. D. 8, 2: nempe tecum mihi agere licet aut perdere und mihi enim soli tecum est actio ſprechen nicht von der Negatoria, ſondern von der actio communi dividundo, l. 12 D. 10, 3. l. 26 pr. D. 8, 5. l. 28 D. 10, 3. l. 3 §. 1. 2 h. t. [53]) Und endlich iſt wohl auch in Betracht zu ziehen der Ausſpruch des Paulus bezüglich der finium regundorum actio in l. 4 §. 7 D. 10, 1, daß dieſe Klage zu verſagen ſei, quia ego et socius meus in hac actione adversarii esse non possumus, sed unius loco habemur. Derjenige, der das Grundſtück allein beſitzt neben dem gemeinſchaftlichen, wird darauf verwieſen, ſein Grundſtück zu verkaufen. Derſelbe Gedanke findet ſich in der citirten l. 26 pr. D. 8, 5 (propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit) in modificirter Weiſe ausgeſprochen. In l. 27 pr. cit. endlich kann rem perdere nicht bedeuten: die Sache (das immissum) vernichten, denn perdere kommt in dieſem Sinne im ganzen Corp. juris nicht vor, und es würde dieſes Belieben (licet) gegen l. 29 §. 1 D. 9, 2 verſtoßen, und eine injuria involviren. Die Erklärung der letzten Stelle in Glücks Pand. X S. 76 Anm. 73 iſt unrichtig, weil das projectum und immissum thatſächlich ſich gleichſtehn (mea tigna), und in l. 27 pr. 8, 2 als gleichartig neben einander geſtellt werden [54]). Perdere rem bedeutet: die Sache aufgeben, gut ſein laſſen (perdere litem, causam) und die Erläuterung hierzu giebt l. 28 D. 10, 3: ut tamen opus tollat, cogi non potest, si cum prohibere poterat, hoc prae-

52) Heſſe, Jahrb. f. Dogm. VIII S. 60 ff.

53) Burkhard S. 116 findet in der l. 27 pr. die Negatoria: „bei dieſer Beeinträchtigung der res communis durch den Alleineigenthümer handelt dieſer gar nicht als socius.“ Allein er beeinträchtigt als socius die gemeinſchaftliche Sache und verſtößt gegen ſeine Pflicht als socius.

54) In dieſem Geſetz wird ein Unterſchied gemacht, ob der Gegner

Digitized by Google

termisit. — Baron, krit. Vierteljahrschr. VII S. 489 versagt den Miteigenthümern die N., weil sie die Pflicht hätten, sofort Einspruch zu erheben; in den betreffenden Stellen ist indessen nur von einem jus prohibendi, nicht von einer Verpflichtung, die Rede.

§. 78.

Aus den allgemeinen Erörterungen über das jus prohibendi und aus dem Satze: nuntiare potest, ad quem res pertinet, ergiebt sich das Resultat: die Nuntiation steht zu

I. Wegen Eingriffen in das Eigenthum oder wegen Anmaßung von Servituten (Negatoria):

1) Dem Eigenthümer (l. un. §. 3 D. 43, 26) dem Inhaber eines fundus provincialis (l. 3 pr. h. t.) dem publizianischen Eigenthümer (bon. fidei possessor)[55]) dem Emphyteuta und dem Pfandgläubiger.

Den beiden letzteren spricht Stölzel die Nuntiation in Einleitung einer Negatoria ab und gestattet sie ihnen blos als Vorspiel der confessoria, weil die Quellen von einer vindicatio, petitio, detentio servitutis resp. actio de servitute sprechen und darunter nur die confessoria utilis verstanden werden könne[56]). Stölzel hat hier nicht blos die angesehensten Rechts-

---

in alieno fecit, dann kann der Eigenthümer intercidere, oder ob er ex suo in alienum immisit, dann ist es injuria, das Immissum zu beschädigen oder zu zerstören; es ist nur richterliche, keine Selbst-Hilfe gestattet.

55) Zweifel können hier erregen l. 2 §. 1 D. 11, 7 und l. 13 §. 9 D. 39, 2. Wenn man l. 13 §. 8 D. 39, 2 (hodie constat) und l. 3 §. 3 D. 39, 1 damit zusammenhält, so erhält man daraus das Bild eines noch in Gährung und in der Entwickelung begriffenen Rechtssatzes.

56) A. a. O. S. 51 ff. Die l. 30 §. 1 D. 9, 2, welche als Argument angeführt wird, betrifft die actio ex lege Aquilia, also keine Grundstücks-, sondern eine reine Vermögensklage, und es würde dies Argument auch gegen die Gewährung der confessoria sich wenden.

Digitized by Google

lehrer gegen sich[57]), sondern auch erhebliche Gründe, die für das Gegentheil sprechen. Zunächst ist es wohl naturgemäß, daß Derjenige, welcher ein Grundstück vindiziren darf, auch befugt sein dürfte, die Integrität desselben gegen Anmaßung von Servituten zu wahren; und erscheint es nicht rationell, daß Demjenigen, welcher die Ergänzung und Ausstattung eines Grundstücks (die Servituten) vindiziren darf, auch gestattet sein muß, es gegen die Schmälerung seines rechtlichen Bestandes zu schützen? Hat es für den Pfandgläubiger Interesse, daß die Sicherheit, die ihm ein Grundstück gewähren soll, nicht durch die Verneinung von zuständigen Servituten geschwächt werde, so begründet dasselbe Interesse ihm auch die Negatoria; denn durch die Auflegung von Servituten wird der Werth und die Sicherheit in gleicher Weise geschwächt. Vom Emphyteuta gilt in höherem Maße Dasselbe. Von beiden kann ferner gesagt werden: sie sind solche, ad quos res pertinet[58]), weil ihnen actiones in rem zustehn; endlich begreifen die Ausdrücke: vindicatio servitutis, actio de servitute u. dgl. nicht blos die confessoria, sondern auch die negatoria in sich, wofür l. 17 §. 2 D. 8, 5. l. 1 §. 5 D 43, 27. l. 3 §. 8 D. 43, 21 die Belege liefern, indem hier diese Ausdrücke unzweifelhaft nur von einem negatorischen Klagen verstanden werden können[59]). Dies kann um so weniger Bedenken haben, als der Ausdruck vindicatio gar häufig für actio in rem gebraucht wird. Was insbesondere den Superfiziar anlangt, so wird von ihm l. 3 §. 3 h. t. demonstrirt: Sed Praetor mihi utilem in rem actionem dat et ideo et servitutum causa actio mihi dabitur. Die Negatoria aber darf doch wohl als eine actio servitutum causa (zur Abwehr

57) Vgl. Rechtslex. B. III S. 857, B. X 704. Burkhard S. 78 ff.

58) l. 1 § 19 h. t.

59) Dasselbe ist der Fall in fragm. vatic. §. 92: Sicut corpora vindicanti, ita et jus, satisdari oportet.

Digitized by Google

von Servituten) aufgefaßt werden, und es weist auf die Zuständigkeit dieser Klage für den Superfiziar l. 1 §. 6. 9 D. 43, 18 entschieden hin.

Der Emphyteuta besitzt zwar die rechtlichen Voraussetzungen der Nuntiation (actio in rem); allein da sein Recht lediglich auf den Fruchtgenuß im engern Sinne am ager emphyteuticarius beschränkt ist, so wird thatsächlich ihm selten Gelegenheit gegeben werden, der Nunt. sich zu bedienen; darum schweigen die Quellen von ihm.

II. Wegen einer auf Nichtbauen oder Nichteinreißen lautenden Servitut (confessoria) steht die Nuntiation zu: dem Inhaber der Servitut, dem Superfiziar, dem Pfandgläubiger [60]). Von dem bon. fidei possessor schweigen die Quellen, obwohl derselbe Grund, welcher bei dem Superfiziar geltend gemacht wird, auch für ihn spricht. Zweifel und Controversen liegen vor über den Usufructuar. Veranlassung geben folgende Stellen: l. 1 §. 20 h. t. (Ulpian) Usufructuarius autem opus novum nuntiare suo nomine non potest, sed procuratorio nomine nuntiare poterit, aut vindicare usumfructum ab eo, qui opus novum faciat; quae vindicatio praestabit ei, quod ejus interfuit, opus novum factum non esse. —

l. 2 eod. (Julian) Si autem domino praedii nuntiaverit, inutilis erit nuntiatio; neque enim, sicut adversus vicinum, ita adversus dominum agere potest, jus ei non esse invito se altius aedificare; sed si hoc facto ususfructus deterior fit, petere usumfructum debebit [61]).

60) l. 3 §. 3. l. 9 h. t. l. 1 §. 3 §. 5 D. 43, 25. Genannt werden die serv. non altius aedificandi, ne luminibus und ne prospectui officiatur, sowie die s. oneris ferendi, l. 15 D. 8, 2. l. 6 §. 7 D. 8, 5.

61) l. un. §. 4 D. 43, 26 lautet: (Ulpian) Item Juliano placet, fructuario vindicandarum servitutum jus esse; secundum quod opus novum nuntiare poterit vicino, et remissio utilis erit, ipsi autem domino praedii si nuntiaverit, remissio inutilis erit, neque sicut adversus vicinum, ita ad-

Digitized by Google

Man hat hierin einen Widerſpruch der Anſichten zwiſchen Ulpian und Julian gefunden. Ein ſolcher Widerſpruch kann aber ſchon aus äußeren Gründen nicht zugegeben werden; denn beide Stellen ſtehen in unmittelbarer Verbindung neben und zu einander. Auf den Uſufructuar paßt nicht die Umſchreibung der Nuntiationsbefugniß in dem Ausdruck, ad quos res pertinet [62]), noch die Begründung derſelben, wie ſie Julian ſelbſt bewirkt: Idem Julianus dicit de iis, quibus aliqua servitus a vicino debetur l. un. §. 4 D. de remiss.); denn nur dem dominus gebührt die Servitut, nicht dem Uſufructuar, der Letztere hat nur ein Recht auf den Gebrauch derſelben. Damit ſtimmen auch die Stellen zuſammen, welche eigens von dem Rechte des Uſufructuar handeln, l. 1 pr. D. 7, 6: Marcellus libr. 8 apud Julianum probat, servitutem quidem eum vindicare non posse, verum usumfructum vindicaturum, ac per hoc vicinum, si non patiatur eum ire et agere, teneri ei, quasi non patiatur uti frui, l. 5 §. 1 ib. (Ulpian): Et Julianus libro 7 Digestorum scribit, hanc actionem adversus quemvis possessorem ei competere; nam et si fundo fructuario servitus debeatur, fructuarius non servitutem, sed usumfructum vindicare debet adversus vicini fundi dominum, l. 1 §. 3 D. 8, 5:

versus dominum etc. wie in l. 2 h. t. Bangerow will mit Cujac. obs. I, 16 die Worte utilis und inutilis gegen einander umtauſchen. So auch Schmidt, Zeitſchr. S. 46 nota 39. Ich halte Das nicht für nothwendig; utilis hat nicht blos die Bedeutung von „ſtatthaft oder brauchbar", ſondern auch von „nothwendig, erforderlich", und daß ſtatt remissio inutilis zu leſen iſt: nuntiatio erit inutilis ergiebt die Parallelſtelle, und der angefügte Grund, welcher beſagt, daß der Uſufr. gegen den dominus kein jus prohibendi habe, folglich die remissio nothwendig wurde. In §. 2 heißt es non est necessaria remissio — inutilis est remissio.

62) l. 181 D. 50, 16. Der Uſufructuar hat keine actio in rem auf den Beſitz oder das Haben der Sache für ſich, ſondern nur auf den Fruchtgenuß derſelben.

Digitized by Google

Pomponius dicit, fructuarium interdicto de itinere uti posse, si hoc anno usus est; alibi de jure, id est in confessoria actione, alibi de facto, ut in hoc interdicto, quaeritur; quod et Julianus libro 48 Digestorum scribit)[63]. Hieraus geht unzweifelhaft hervor, daß gerade Julian dem Usufructuar die Servitutenklage des dominus abspricht und ihm lediglich die Klage aus dem Ususfructus gegen den Nachbar gestattet, wenn durch die Störung einer dem fundus fruct. zuständigen Servitut der Fruchtgenuß und Gebrauch selbst geschmälert wird. Will er nuntiiren, so kann er es nur procuratorio nomine thun, und deshalb nicht gegen den Eigenthümer; will er suo nomine den Bau verhindern, dann muß er mit der Klage aus dem Ususfructus vorgehn, die ihm auch gegen den dominus proprietatis zusteht. Daß zwischen Julian und zwischen Ulpian und Paulus eine Meinungsverschiedenheit obgewaltet habe, ob dem Usufructuar eine selbstständige confessoria und negatoria (utilis) neben der confess. aus dem Ususfructus zustehe, wie Burkhard annimmt, habe ich aus l. 1 pr. l. 5 §. 1 D. 5, 7 nicht ersehn können[64]. Man muß annehmen, daß Ulpian in l. un. §. 4 D. 43, 25 bei den Worten: Juliano placet, fructuario vindicandarum servitutum jus esse an die Klage aus dem ususfructus gedacht und sich nur flüchtig und incorrekt ausgedrückt habe — was die nachfolgenden Worte: neque sicut adversus vicinum, ita adversus dominum agere potest, jus ei non esse invito se altius aedificare bekräftigen dürften. So kann der Usufructuar auch nicht gegen den vicinus klagen (invito se), denn er hat kein Recht, am Grundstücke Servituten

63) Also Julian billigt, daß der Usufructuar das Interdict gebrauche, weil es sich um ein factum handelt, anders sei der Fall, wo es auf das Recht ankomme, d. i. bei der vindicatio servitutis. diese stehe ihm nicht zu, sondern nur die vind. ususfructus.

64) Vgl. auch Stölzel S. 44.

Digitized by Google

zu gestatten. Julian kann demnach nur gemeint haben, daß der Nutznießer entweder mit der confess. ususfructus oder mit der Negatoria procuratorio nomine klagen, letztere Klage aber nicht gegen den dominus richten könne. In dem Referate der Ansicht Julians ist augenscheinlich der Vordersatz weggeschnitten, der aus Ulpian in l. 1 §. 20 h. t. zu ergänzen ist. — Von einem wissenschaftlichen Gährungsprozesse bei den römischen Juristen, den die heutige Wissenschaft zu Gunsten des Nutznießers abschließen müsse, wie Burkhard S. 86 ff. meint, kann nicht die Rede sein [65]), und es kann nicht eingeräumt werden, daß in der vindicatio servitutis der materielle Gehalt einer actio negatoria und confessoria liege. Auch mag ich den Ausspruch Iherings (Abh. S. 140), daß die formelle Selbstständigkeit der Klagen dem Prinzipe der materiellen Berechtigung gewichen sei, nicht billigen. Damit wird die feine, wissenschaftliche und zugleich practische Unterscheidung in den Grundlehren der betreffenden Rechtsmittel verwischt, und wir müßten in konsequenter Verfolgung der Ihering'schen Idee bei jeder Klage einfach sagen: Diese Klage steht dem zu, der ein Interesse dabei hat. — Was namentlich den Usufructuar betrifft, so kann er nur klagen aus dem Grunde, weil der Gegner seinen Fruchtgenuß beeinträchtigt [66]), nicht aber aus dem Grunde, daß dem Gegner eine Servitut an dem fundus fructuarius nicht zustehe; demnach steht ihm nur eine vindicatio ususfructus direkt, die Confessoria und die Negatoria nur procur. nomine zu.

Anders verhält sich die Sache bei der cautio d. inf.; hier handelt es sich um Ersatz einer Beschädigung von Sachen überhaupt, also auch der Früchte des Usufructuars oder seiner Wohnung. Davon kann man kein Gegenargument entnehmen. Eben

65) So auch Windscheid, Pand. §. 466 nota 6. Dagegen Bangerow §. 676 Anm. I, 3. Sintenis, Civilr. §. 127 nota 59.

66) Fructuum nomine l. 12 D. 43, 24.

Digitized by Google

ſo wenig aus dem jus prohibendi des Uſufructuars in l. 2 §. 7. 8. l. 8 §. 4 D. 11, 7. Durch die illatio mortui wird ihm der Fruchtgenuß an dem Begräbnißplatze entzogen; es würde ihm die vindicatio ususfructus zuſtehn, wenn der Ort noch privatus und nicht religiosus geworden wäre. An Stelle der verlorenen vindicatio wird ihm eine actio in factum gewährt.

Dagegen wird dem Fructuar die aquae pl. arc. actio von Ulpian ganz ſtrict verweigert, vom Pomponius nur ſubſidiär und utiliter geſtattet, wenn ihm das interd. quod vi aut clam nicht zuſtehn ſollte[67]), obſchon er ihn als quasi dominus charakteriſirt. Darauf hin können wir unmöglich die Frage zu Gunſten des Nutznießers abſchließen und ihm alle Klagen des Eigenthümers direkt oder indirekt zugeſtehn.

§. 79.

B. Nuntiatio juris publici tuendi gratia.

Unter den locis publicis ſind die zum Gemeingebrauch beſtimmten öffentlichen Orte, Plätze, Wege, die fließenden Gewäſſer und die Ufer derſelben begriffen[68]). Von ihnen gilt die allgemeine Regel: Loca publica utique privatorum usibus deserviunt, jure scilicet civitatis, non quasi proprio cujusque; et tantum juris habemus ad obtinendum (usum), quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet; propter quod si forte in publico opus fiet, quod

67) l. 3 §. 4. l. 22 pr. D. 39, 3: quod (interd.) si ei non competet, quaerendum est, an utilis ei quasi domino actio a. pl. arc. dari debeat.

68) Vgl. Stölzel S. 136. Er ſpricht von einer im Staatseigenthume befindlichen, dem öffentlichen Gebrauche dienenden Sache. Von wirklichem Eigenthum kann aber nicht die Rede ſein; universitatis esse creduntur bezeichnet dies nicht, und der Ausdruck veluti proprietatis causam continent in tit. D. 43, 1 ſpricht dagegen. Jahrbücher für Dogmatik VIII, 64.

Digitized by Google

ad privati damnum redundet, prohibitorio interdicto potest conveniri, propter quam rem hoc interdictum propositum est. Das Interdikt lautet: Ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur, praeterquam quo Lege, Senatusconsulto, Edicto Decretove Principum tibi concessum est. — Es folgen dann noch zwei besondere Interdicte über öffentliche Straßen und Wege, und dann in tit. 43, 12, 13 und 14 Interdikte über die fließenden Gewässer. Die Wahrung des öffentlichen Rechts und des Gemeingebrauchs ist unter den Schutz des Volks gestellt (tit. D. 43, 7). Hierbei springen zwei Seiten der Sache hervor, einmal das Gemeinwohl durch Aufrechterhaltung des ungestörten Gemeingebrauchs, dann aber auch die Wahrung des privaten Vortheils, welcher dem Einzelnen daraus zugeht (et tam publicis utilitatibus, quam privatorum per hoc prospicitur) und Abwehr des Schadens für das Privateigenthum. Weiter finden wir ein interdictum de loco sacro; auch dessen rechtlicher Schutz kann von Jedem aus dem Volke geübt werden; hier aber fällt der Gesichtspunkt des Privatinteresses ganz hinweg. Ueber den locus religiosus (Begräbnißplatz) haben wir in der Rechtssammlung kein besonderes Interdikt, obschon Ulpian auf ein solches hinzudeuten scheint, dagegen darauf bezügliche Rechtsmittel in tit. D. 11, 8 (de mortuo inferendo et sepulcro aedificando) und in tit. D. 11, 7 (de religiosis), endlich in tit. D. 47, 12 (de sepulcro violato). Die loca religiosa sind extra commercium, daher die dem Eigenthume zum Schutz dienenden civilen Rechtsmittel, sowie die Rechtssätze vom Eigenthum, hier nicht anwendbar erscheinen. Der nöthige Rechtsschutz wird durch prätorische Rechtsmittel ergänzt, und es wird von ihnen gesagt, daß sie veluti proprietatis causam continent, d. h. es finde bei ihnen ein dem Eigenthum ähnliches Gebrauchsrecht statt. Aus diesem Grunde

Digitized by Google

werden sie mit unter diejenigen Rechtsmittel gezählt, welche juris publici tuendi gratia gebraucht werden[69]).

Hierauf bezieht sich Ulpians Ausspruch in l. 1 §. 17 h. t.: Nuntiamus autem, — quia jus aliquid prohibendi habemus — vel ut damni infecti nobis caveatur ab eo, qui forte in publico vel in privato quid molitur — aut si quid contra leges, edictave principum, quae ad modum aedificiorum facta sunt, fiet, vel in sacro, vel in loco religioso, vel in publico, ripave fluminis; quibus ex causis et interdicta proponuntur[70]). Damit stimmen überein l. 1 §. 1 h. t. (wo allein das int. ne quid in loco publ. fehlt, weil es prohibitorisch und nur ad publicam utilitatem restitutorisch ist), ferner l. 5 §. 9 h. t. (quoties leges aut senatusconsulta, constitutionesque principum tuemur) und l. 8 §. 3 h. t. (ne quid contra leges in publico facias) sowie l. 5 §. 19 h. t. (sive ad privatum, sive ad publicum jus ea remissio pertinet). Die Nuntiation ist hiernach bei einem opus in publico nur anwendbar, ut damni inf. nobis caveatur aut publici juris tuendi causa[71]), wenn gegen Bauvorschriften in publico, oder in flumine publico ripave fluminis oder in loco sacro vel religioso ein Bauen oder Einreißen unternommen wird. Für Bauten in loco privato, die Baugesetzen zuwiderlaufen, ist sie nicht gestattet[72]), hier wird sie durch die prohibitio ersetzt. Für diese, von Vielen bezweifelte Einschränkung spricht, abgesehn von den

69) Keller, röm. Civilprozeß §. 22.

70) Vgl. über die verschiedenen Interpretationen dieser Stelle Stölzel S. 136 ff.

71) l. 1 §. 19 h. t.

72) A. M. Rudorff, Jahrb. IV S. 122. Schmidt, Interdiktenverf. S. 132. Gewissermaßen auch Stölzel S. 145. Burkhard läßt die N. zu bei Bauten in privato, indem er eine N. j. n. conserv. c. annimmt. S. 124 ff.

Digitized by Google

oben citirten Fragmenten: l. 4' h. t. (rei publicae interest, quam plurimos ad defendendam causam admittere) und die Erwägung, daß die aus Gesetzen hervorgehenden Beschränkungen des Privateigenthums keine confessoria oder negatoria (actio in rem) erzeugen, sondern nur eine persönliche Klage. Solche Baugesetze haben mehr einen polizeilichen Character; sie gewährten keine actio civilis, wie der Jurist in l. 12 pr. D. de religiosis sich ausdrückt, sondern nur eine interpellatio extra ordinem, oder ein Interdikt.

Meer und Meeresufer sind nicht öffentliche Gegenstände (res publicae), sondern gehören zu den res communes omnium. Wer da baut, jure gentium facit; es giebt kein privatrechtliches jus prohibendi, wohl aber ein Interd. utile, wenn ein Privatschaden oder ein Nachtheil der öffentlichen Benutzung zu befürchten ist. (Stölzel 126. A. M. Burkhard S. 143. Vgl. §. 89 unten.) Nur wegen damnum infectum kann nuntiirt werden [73]).

Aber wie? nuntiatio fit in rem; gilt dies auch bei der nuntiatio publici juris tuendi gratia? — Die erste Aeußerung des in rem, wonach auch einem Unmündigen, Abwesenden ꝛc. nuntiirt werden kann, muß auch hier wirksam sein; die andere Wirkung aber gegen den Nachbesitzer des Werks darf wohl auch nicht bezweifelt werden, obschon es bei Bauten in publico keinen civilrechtlichen Besitz giebt. Die Nuntiatio wirkt nicht gegen den Urheber (persönlich), sondern gegen das Werk (in rem), und die restitutorischen Interdikte gehn auch gegen den, qui factum oder immissum habet [74]).

Nach l. 3 §. 4 h. t. können omnes cives nunciare, si in publico aliquid fiat, d. h. wegen des öffentlichen Inter-

---

73) l. 1 §. 18 h. t. Vgl. Abth. 1 §. 16.
74) l. 2 §. 37 D. 43, 8.

Digitized by Google

esse; wegen eines Privatinteresse kann nur der Betheiligte nuntiiren [75]).

§. 80.

C. Nuntiatio damni infecti causa.

Wer wegen drohenden Schadens durch Bauen oder Einreißen von Gebäuden [76]) die cautio damni infecti begehrt, kann deshalb dem Unternehmer nuntiiren. Der Zweck ist also die Erlangung der Caution, nicht völlige Einstellung des Baues. Wird sie nicht geleistet und Nuntiat baut trotz des Einspruchs fort, so steht dem Nuntianten das interd. demolitorium zu. Die N. wegen dam. inf. ist anerkannter Maßen jünger, als die N. juris n. conserv. causa. Sie steht Jedem zu, der berechtigt ist, die cautio damni infecti zu fordern, (§. 11 oben) [77]). Nuntiirt man nebenbei noch aus einem andern Grunde (jur. nostri conserv. causa), so ist dies dem Nuntiaten mitzutheilen [78]). Bei dem Erbieten zur Caution oder bei dem Remissionsantrag erfährt der Nuntiat diesen Grund zu spät; es wird dadurch eine nutzlose Verzögerung des Baues oder wenigstens ein unnützes Verhandeln mit Kosten und Zeitaufwand verursacht. Daß bei der N. damni inf. causa ein Remissionsverfahren Platz griff, darüber später. Daß ferner diese N. auch bewirkt werden kann, wenn schon der Magistrat die cautio d. inf. dekretirt hat, nicht als Exekutionsmittel, sondern aus freier Wahl des Bedrohten zwischen Nuntiation und missio in possessionem; dagegen läßt sich ein gegründetes Be-

---

75) l. 2 §. 2 D. 43, 8. Burkhard S. 137.
76) l. 1 §. 1, 11, 12 h. t.
77) Burkhard S. 145 ff.
78) A. M. Burkhard S. 149.

Digitized by Google

denken weder aus gesetzlichen Vorschriften, noch aus den Prinzipien der N. und der Caution erheben. Es ist seine Sache, ob er nicht den Antrag auf missio in possessionem oder actio in factum vorzieht[79]). — Die N. d. inf. c. wirkt auch nicht gegen den Nachbesitzer, weil sie nicht den Bau überhaupt verhindern, sondern nur eine persönliche Leistung des Nuntiaten erzwingen will[80]). Hat der Nuntiat die Caution geleistet, so ist der Zweck der N. erreicht und das Nuntiationsverfahren zu Ende; das interd. ne vis fiat aedificanti steht ihm nicht zu[81]).

V. Die Remission.

§. 81.

A. Remissio juris nostri conservandi causa.

In Folge der Nuntiation muß der Bauunternehmer sich des Weiterbauens enthalten, wenn er sich nicht dem Interd. demolitorium aussetzen will, l. 20 pr. h. t., abstinere oportere, donec caveat vel donec remissio nuntiationis fiat, l. 8 §. 4 h. t. Die Rem. hebt hiernach, gleich der Cautionsleistung, den Baubann auf. Dabei ist jedoch zu unterscheiden, ob eine N. an sich nicht zu Recht besteht, oder ob sie erst durch R. (Remission) gelöst werden muß. Ueber die Fälle, welche zu der einen oder der andern Kategorie gehören, herrscht wieder Streit[82]). Zu der ersten Kategorie werden gezählt: die Nuntiation gegen das Reinigen und Ausbessern von Wasserleitungen und Cloaken oder

---

79) Stölzel S. 124. A. M. Burkhard S. 153.

80) Das in rem sit entspricht der dinglichen Richtung der confessoria und negatoria. A. M. Burkhard S. 156.

81) Burkhard S. 158. Vgl. l. 20 §. 9—13 h. t.

82) Schmidt, Zeitschrift VIII S. 39, 40. Rudorff a. a. O. S. 137. Burkhard S. 250 ff. Karlowa a. a. O. S. 60 ff.

Digitized by Google

gegen Bauten, bei denen Gefahr im Verzuge, l. 5 §. 11, 12 h. t., die Nuntiation, welche gegen Bauten am Meeresufer gerichtet wird, l. 1 §. 18 h. t., die Nuntiation eines Miteigenthümers gegen den andern, des Usufruktuars gegen den Eigenthümer, l. 2. l. 3 §. 1 u. 2 h. t., die N. wegen einer servitus viae, l. 14 h. t. — Zu der letzten Kategorie rechnet man: wenn ein Pupill im öffentlichen Interesse nuntiirt, l. 5 pr. h. t., wenn der Nuntiant den Calumnieneid verweigert, l. 5 §. 14 h. t., wenn der Procurator nicht Satisdation leistet, l. 5 §. 18 h. t., wenn der Nuntiant durch Vertrag der Nuntiation entsagt hat, l. 1 §. 10 h. t. l. 7 §. 14 D. 2, 14.

Ueber Inhalt, Bedeutung der Remission und das Verfahren dabei gehn die Ansichten wiederum weit auseinander. Nach der ältern Ansicht soll die R. erst nach vorgängiger Verhandlung über das jus prohibendi ertheilt worden sein[83]). Dies Verfahren soll nach Einigen der petitorische Prozeß gewesen sein[84], während Andere nur ein summarisches Verfahren über das jus prohib. annehmen, mit Vorbehalt des petitorischen Prozesses für den unterliegenden Theil[85]). Schmidt hat nachzuweisen versucht, daß die R. keine Entscheidung über das jus proh. begreift und daß die in l. unic. D. 43, 25 uns erhaltene Ediktsstelle nur das Schema für das Dekret selbst enthalte, durch welches der Prätor im concreten Falle die R. ertheilt[86]). Schmidt kennt nur eine bedingte Remission und läßt sie erst nach geleisteter Caution

83) Göschen, Vorles. S. 619. Unterholzner, Schuldv. II S. 176. Heimbach Rechtslex. VII S. 596. Keller, Pand. S. 373.

84) Hasse a. a. O. S. 612. Aehnlich Franke, Arch. für civ. Prax. XXII S. 377. Arndts, Pand. §. 330.

85) Göschen a. a. O., Mühlenbruch, Pand. S. 517. Keller, Wiederhold, ut poss. S. 114. Bangerow, §. 676, III, 1.

86) Zeitschr. S. 43 ff.

Digitized by Google

zu[87]). Rudorff läßt eine unbedingte Remiſſion eintreten wegen Verweigerung des jusjur. calumniae, wenn der Procurator nicht cautio de rato leiſtet ꝛc., und wenn liquid iſt, daß der Nuntiat ein Einſpruchsrecht nicht begründen kann, eine bedingte in dem Sinne, wenn der künftige judex im Petitorium kein jus prohib. befinden werde. Stölzel (S. 194 ff.) ſetzt den Zweck des Remiſſionsverfahrens in die Feſtſtellung des jus prohib. des Nuntianten mit Ausſchluß der Erörterung des jus aedificandi des Nuntiaten. Der Remiſſionsprozeß leite nur den proviſoriſchen oder quaſipoſſeſſoriſchen Prozeß über das Recht zur Nuntiation ein. Die Form ſei die des Interdiktenprozeſſes und ſei dabei eine judicis datio anzunehmen[88]). — Burkhard S. 273 ff. beſtimmt die Bedeutung der R. und das Verfahren folgendermaßen: Das bisher unbedingt wirkende Privatverbot wird in ein durch die Exiſtenz des jus prohib. bedingtes prohibitoriſches Interdikt verwandelt und damit der formelle Bann der op. n. n. unbedingt aufgehoben. Das Verfahren beſtehe in der Bitte des Nuntianten um Beſtätigung der Nuntiation unter Angabe eines zur Nuntiation berechtigenden jus prohibendi. Darauf folge, wenn der Prätor die N. nicht gerechtfertigt finde (z. B. der Nuntiant iſt blos Miether oder nuntiirt wegen servitus viae), ein unbedingtes, ſonſt ein bedingtes prätoriſches Verbot. Der Nuntiant müſſe vor der R. Caution leiſten[89]). Der Nuntiant klage dann nicht mit der gewöhnlichen petitoriſchen Klage, auch nicht mit dem interd. demolitorium (Karlowa und Baron), ſondern mit der actio aus dem prohibitoriſchen Interdikt des Prätors. Windſcheid,

87) Vgl. Karlowa a. a. O. S. 68 u. 74. l. un. §. 2 D. 43, 25, sive — sive.

88) Dagegen Schmidt, krit. Viertelj. VII, S. 299 ff.

89) Die l. 5 §. 19 h. t. erklärt ſich aus Gaj. IV, 101. l. 46 §. 2 D. 3, 3.

Digitized by Google

Pand. §. 466 nota 9 läßt auch ein judicium über die Begründetheit des prätoriſchen Ausſpruchs zu.

§. 82.

Bei Beurtheilung der Remiſſion kommen folgende Stellen in Betracht:

l. un. D. 43, 25: Ait Praetor: quod jus sit illi prohibere, ne se invito fiat, in eo nuntiatio teneat; ceterum nuntiationem missam facio.

§. 2. Et verba Praetoris ostendunt, remissionem ibi demum factam, ubi nuntiatio non tenet, et nuntiationem ibi demum voluisse Praetorem tenere, ubi jus est nuntianti prohibere, ne se invito fiat. —

§. 3. Jus habet opus novum nuntiandi, qui aut dominium, aut servitutem habet.

l. 1 pr. D. 39, 1. Hoc edicto promittitur, ut sive jure, sive injuria opus fieret, per nuntiationem inhiberetur, deinde remitteretur prohibitio hactenus, quatenus prohibendi jus is, qui nuntiasset, non haberet.

l. 5 §. 17: Si is, cui renuntiatum erit, ex op. n. n. satisdederit, — perinde est, ac si op. n. nuntiatio omissa esset.

l. 8 §. 4: Sciendum sit, facta o. n. nuntiatione, cui nuntiatum est, abstinere oportere, donec caveat, vel donec remissio nuntiationis fiat; tunc enim, si jus aedificandi habet, recte aedificabit.

l. 20 pr. — quod in eo loco, antequam nuntiatio missa fieret, aut in ea causa esset, ut remitti deberet, factum est, id restituas.

In dieſen Stellen findet ſich keine Andeutung, daß ein förmlicher Interdiktenprozeß ſtattgefunden habe; die Stellung der l. un. D. 43, 25 (de remissionibus) unter den Interdik-

Digitized by Google

ten ist kein genügender Beweis dafür. Ihr Inhalt paßt in keine Kategorie der bekannten Interdiktenarten und Burkhard muß zugestehn, daß sein Interdikt viele Eigenthümlichkeiten habe. Es würde Niemand eingefallen sein, in dem tit. D. 43, 25 ein Interdikt zu suchen, wenn er nicht unter die Interdikte eingereiht worden wäre. Aber wie kommt es, daß die hier befindlichen Fragmente nicht bei der operis novi nuntiatio in tit. 39, 1 ihren Platz gefunden haben, wo doch das interdictum demolitorium und das interd. ne vis fiat aedificanti eingefügt und besprochen worden sind? Ich vermuthe, daß die Compilatoren die Remissionen nur als historisches Monument angeführt haben, weil sie zu ihrer Zeit als besonderes judicium nicht mehr im Gange waren, und die Verordnung Justinians de op. novi nunt. vom Jahre 732 wahrscheinlich schon publizirt war[90]). Auffällig erscheinen in l. un. D. 43, 25 auch die Wendungen: „verba Praetoris ostendunt, remissionem ibi demum factam", — „nuntiationem ibi demum voluisse Praetorem tenere" gegenüber den sonstigen Ausdrücken der römischen Juristen bei Interpretation der prätorischen Interdikte, z. B. l. 8 pr. D. 43, 26: haec verba ostendunt, ei demum competere interdictum, l. 1 §. 1 D. 43, 30: Et ex verbio apparet, ei, cujus in potestate est, hoc interdictum competere; cfr. l. 11 §. 4 D. 43, 24. l. 20 §. 3 h. t. — Entweder nun hat Ulpian das Perfektum gebraucht, weil zu seiner Zeit die Remissionen als besonderes judicium nicht mehr im Gebrauch waren, oder es haben die Compilatoren hier interpolirt. Denn daß die l. unic. D. 43, 25 aus dem Zusammenhange gerissen und mit dem interdictum demolitorium und dem interdictum ne vis fiat aedificanti in Verbindung gestanden hat, ist erweislich. Die l. 20 h. t., in welcher diese

90) Siehe unten §. 86.

Digitized by Google

Interdikte behandelt werden, ſtammt von Ulpian und iſt dem lib. LXXI ad Edictum entnommen, und zwar iſt ſie die einzige Stelle aus dieſem Buche, welche in tit. D. 39, 1 Aufnahme gefunden hat. Demſelben Buche (LXXI ad Edictum)[91] von Ulpian iſt auch die l. unic. D. 43, 25 entnommen. Mit der größten Wahrſcheinlichkeit iſt nun anzunehmen, daß dieſe hinter dem Interdikt, welches in l. 20 pr. h. t. mit den Worten: quod in eo loco, antequam nuntiatio missa fieret aut in ea causa esset, ut remitti deberet, factum est, id restituas, ihren Platz gehabt hat, um die Grundſätze und Vorausſetzungen, nach und unter welchen der Prätor den Bann löſen werde, zu verkünden. Daran hat ſich dann jedenfalls das in l. 20 §. 9 verheißene Interdikt angeſchloſſen. Daß in den Worten: quod jus sit illi prohibere kein Interdikt mit förmlichen Interdiktenverfahren (judicis datio) ausgedrückt ſein kann, darauf weiſen auch die Ausdrücke quod jus sit (ſtatt si paret) und missam facio (ſtatt missam faciam) deutlich hin.

Auf der andern Seite ſteht feſt, daß mittelſt des Remiſſionsverfahrens eine definitive Entſcheidung über das jus aedificandi nicht erfolgt iſt, l. 8 §. 4 h. t. Eben ſo wenig iſt aber auch über das jus prohibendi definitiv abgeurtheilt worden, l. 19 h. t.: sciendum est, denegata exsecutione op. novi nihilominus integras legitimas actiones manere (confess. und negator. act.).

Endlich kann auch nicht, wie Schmidt (Gießner Zeitſchrift VIII S. 46) meint, die Cautionsleiſtung Vorausſetzung oder Zweck der Remiſſion geweſen ſein. l. 7 §. 2 D. 43, 24 beweiſt dies nicht; wahrſcheinlich iſt hier zu leſen: licere enim debet aedificare (et) ei, qui satisdederit, und Ulpian (nicht Ju-

91) In dieſem Buche behandelt Ulpian noch die Interdikte de cloacis, quod vi aut clam, de precario, de arbor. coedend., de glande legenda ꝛc.

Digitized by Google

lian) ſtellt dem Nuntiaten remissione facta in die Lage, die er nach geleiſteter Caution einnimmt (possessor constituitur). Der Anſicht von Schmidt ſtehn entgegen l. un. §. 2 D. 43, 25: sive satisdatio interveniat, sive non, remissio facta etc. — Plane si satisdatum est, exinde remissa facta est, non est necessaria remissio, vgl. mit l. 5 §. 17 und l. 20 §. 1 h. t.

Die remissio Praetoris kann hiernach nur folgendes Ziel und Verfahren gehabt haben:

Der Prätor hat die prohibitio den Parteien überlaſſen, ohne daß er zuvor gehört werden muß, l. 1 §. 2 h. t. Entſteht nun darüber Streit, ob das Verbot ſtatthaft iſt, dann erſt tritt er mit ſeiner Jurisdiction ein, l. 1 §. 2, §. 9 (committunt se litigatores praetoriae jurisdictioni)[92]. Bei der cautio d. inf. liegt die Sache ganz ähnlich, nur daß der Prätor gleich von vorn herein thätig wird, l. 13 §. 3 D. 39, 2: totum tamen hoc jurisdictioni praetoriae subjiciendum, cui cavendum sit, cui non. Er entſcheidet hier definitiv, nachdem er die Parteien gehört hat und vom Petenten das juram. calumniae geleiſtet worden iſt, ohne daß die Angaben des Petenten, welche ſeine Forderung begründen ſollen, erörtert werden, et non inquiretur, utrum intersit ejus, an non etc. Warum ſoll denn bei der Nuntiation das Verfahren nicht daſſelbe geweſen ſein, da es ſich dabei nur um ein einſtweiliges Fortbauen handelt? Wozu der große Apparat eines Interdiktenprozeſſes mit judicis datio und actio ex interdicto? Ich nehme an, daß wie bei der postulatio cautionis d. inf. der Prätor auf Antrag des Nuntiaten die Parteien gehört hat, und nach-

92) Dieſe Stelle widerſpricht der Annahme eines Interdiktenverfahrens mit judicis datio, man vgl. nur l. 1 §. 10 D. 46, 5. l. 13 §. 3 D. 39, 2. l. 13 §. 1. l. 24 §. 5 D. 4, 4 und überdies l. 1 §. 2 D. 43, 32 (ergo infrequens est interdictum).

Digitized by Google

dem vom Nuntianten alle die Thatsachen, welche sein jus prohib. begründen können (dominium aut servitus) angeführt und der Calumnieneid geleistet worden ist, dekretirt hat, ob er auf Grund dieser Angaben die Nuntiation für bindend (aufrecht) erhalte, resp. in wie weit, oder ob er sie aufhebe, ohne über das jus prohibendi definitiv zu entscheiden[93]). Die Aufhebung geschah selbstverständlich, wenn sich ergab, daß die nuntiatio ipso jure hinfällig war (contemnenda oder inutilis ist oder nec ullum effectum habet)[94]), oder auf Grund selbstständiger Einreden des Nuntiaten unbegründet erschien. Damit hatte die praetoria jurisdictio ihren Endzweck und ihr Ende erreicht, und es kam nun zu den legitimas actiones; das jus prohibendi wie das jus aedificandi wurde im petitorischen Prozesse erörtert und entschieden. Die Parteirollen dabei bestimmen sich aus den Verhältnissen von selber; war die N. bestätigt, so lag es dem Nuntiaten ob, mit der Klage aus dem jus aedificandi aufzutreten oder Caution zu leisten, wenn er fortbauen wollte; wurde sie aufgehoben, so war der Nuntiant genöthigt, sein jus prohibendi im Klagwege zu verfolgen. Die Ansicht von Stölzel, daß das jus prohib. durch die Remission festgestellt worden sei, findet ihre Widerlegung schon in der oben angeführten l. 19 h. t. Dafür, daß der Prätor keine Beweisführung bezüglich des jus prohib. aufnahm, spricht einerseits der Calumnieneid, andrerseits die Analogie der cautio d. inf., und endlich noch die Aehnlichkeit der Situation bei der actio ad exhibendum. Sie soll dem gewährt werden, cujus interest, weil er ohne Vorzeigung der Sache seine Klage in Betreff derselben nicht genügend substantiiren kann. Da soll der judex

93) Karlowa S. 68. Keine Aufhebung der N., sondern nur eventuelle Verweigerung der Klage, S. 72.

94) Weitere Aufhebungsgründe sind schon oben genannt, vgl. Bangerow a. a. O. III, 1.

Digitized by Google

summatim cognoscere, an intersit, und das wird erläutert, er soll erörtern, ob der Petent justam ac probabilem causam habeat actionis, propter quam exhiberi sibi desiderat[95]); das heißt doch offenbar, er soll nicht untersuchen, ob eine Klage wirklich begründet ist, sondern nur, ob er nach den angeführten Thatsachen eine Klage für angezeigt erachtet.

Daß insbesondere in dem judicium aus dem Remissions-Interdikt, wie Burkhard meint, über das jus prohibendi und aedificandi definitiv entschieden worden sei, widerspricht nicht nur dem Verfahren bei andern Interdikten, die einen Besitzschutz verfolgen (und hier handelt es sich ja auch um eine Art Besitz, den Baubesitz resp. Quasibesitz einer Servitut), sondern auch der l. 19 h. t. Die denegatio executionis op. novi bedeutet hier das nuntiationem missam facere des Prätors, und die Worte: nihilominus integras manere legitimas actiones können nur auf die confess. und negatoria actio bezogen werden; denn legitimae actiones sind die aus dem Civilrecht stammenden, nicht die aus einem Interdikt hervorgehenden Klagen[96]).

Noch ist zu erwähnen, daß bei der extraordinaria cognitio des Prätors auch der Eidesantrag von Seiten der einen oder andern Partei nicht ausgeschlossen war, und deshalb in Bezug auf den einen oder andern Punkt eine definitive Entscheidung des Prätors möglich wurde[97]). Nur in dieser Auffassung gewinnt die Remission und das Verfahren dabei eine praktisch angemessene und zweckdienliche Gestalt, und darauf lege ich ein großes Gewicht, weil die römischen Juristen keine Spekulanten, sondern eminent praktische Geister waren[98]). Unterstützend tre-

95) l. 3 § 9, 11 D. 10, 4.

96) l. 2 §. 6 D. 1, 2. l. 14 §. 3 D. 19, 5. l. 22 §. 2 D. 39, 3. Savigny, Syst. V S. 61.

97) l. 3 §. 1 D. 12, 2. Schmidt, Interdict. S. 220.

98) Im Wesentlichen übereinstimmend mit Bangerow l. c. und in gewisser Maße mit Rudorff, Jahrb. IV S. 137 ff.

Digitized by Google

ten noch zwei Momente hinzu: der procurator des abwesenden Nuntiaten muß Satisdation leisten (l. 5 §. 19 h. t.) sustinet enim partis defensoris; der Nuntiat wird also bei der Remission nicht als angreifender Theil (Kläger) betrachtet. Zweitens: wenn der procurator des Nuntianten nicht de rato Satisdation leistet, nuntiatio omnino remittitur; also der Prätor verwirft die Nuntiation unbedingt, nicht blos eventuell.

§. 83.

B. Remissiones bei der Nuntiatio damni inf. und juris publ. tuendi gratia.

Ulpian sagt in l. un. §. 1 D. 43, 26: Sub hoc titulo remissiones proponuntur. Hieraus dürfte hervorgehn, daß im Edict nicht blos die remissio juris nostri cons. causa, welche in jenem Titel behandelt wird, sondern auch daneben die remissiones damni inf. causa und juris publici tuendi gratia aufgestellt gewesen. Auch bei diesen Nuntiationen erscheint die Remission nothwendig, insofern als der Nuntiat bei dem Prätor beantragen konnte, zu erörtern, ob er im vorliegenden Falle die Nuntiation für begründet erachte. Nur gestaltet sich hier die Sache einfacher. Bei der nunt. d. inf. causa ging die Erörterung in das Verfahren über die Stipul. d. inf. über, der Prätor behandelte die Sache so, als ob vom Nuntianten bei ihm die Caution postulirt worden wäre[99]), und fand er sie angemessen, so decretirte er, daß die Nuntiation binde, im entgegengesetzten Falle, decretirte er: nunt. missam facio. Im ersten Falle durfte der Nuntiat nicht fortbauen (interd. demolitorium), bevor er die Caution geleistet hat[100]).

Die Leistung der caut. d. inf. gewährt nicht das besondere

99) l. 13 §. 3. l. 7 pr. l. 18 §. 15. l. 14. l. 15 §. 28. l. 1 D. 39, 2.

100) Geläugnet wird diese R. von Stölzel S. 190. Dagegen Burkhard S. 399. Rudorff IV S. 138.

Digitized by Google

Interdikt, ne vis fiat aetificanti, ſondern der Nuntiat baut fort kraft des Rechts, welches ihm an ſich zuſteht (Eigenthum, jus in re) und hat die betreffenden Rechtsmittel (interdicta) zum Schutze deſſelben anzuwenden.

Daß es auch für die Nuntiation im Bereiche des öffentlichen Rechts ein Remiſſionsverfahren gegeben habe, erſehn wir aus l. 5 §. 19 h. t.: Qui remissionem absentis nomine desiderat, sive ad privatum, sive ad publicum jus ea remissio pertinet, satisdare cogitur.

Nach Analogie der Remiſſion in den andern Fällen der Nuntiatio wird auch hier die Cognition des Prätors darauf gerichtet geweſen ſein, ob nach Lage der Sache, wie ſie nach der Erörterung vor ihm ſich herausſtellt, eine justa et probabilis causa nuntiationis vorliege.

Unbedingt verboten war das Bauen in publico nicht, wie die Worte des Interdicts ne quid in loco publico l. 2 pr.: qua ex re quid illi damni detur, und l. 24 pr. D. 39, 2 (Fluminum publicorum communis est usus, sicuti viarum public. et litorum. In his igitur publice licet cuilibet aedificare et destruere, dum tamen hoc sine incommodo cujusquam fiat) bezeugen. Außer dem Privatnachtheil gibt aber noch die Verhinderung des öffentlichen Gebrauchs (si tamen obstet id aedificium publico usui) einen Grund zur Verhinderung des Bauens ab. Der Einſpruch wegen Privatnachtheils fiel in der Regel hinweg, wenn der Bauende auf Grund eines Geſetzes, Senatusconſults oder eines kaiſerlichen Reſcripts Erlaubniß zum Bau erhalten hatte [101]), oder wenn der Bau in Folge eines prätoriſchen Edicts (de ripa numienda, de itinere publico faciendo) oder durch eine den prätoriſchen Interdicten inſerirten Exception rechtlichen Schutz genoß. Stellte ſich alſo in

101) l. 2 pr. D. 43, 8 vgl. mit l. 2 §. 10. 16 ib.

Digitized by Google

jure heraus, daß ein Privatnachtheil oder ein Hinderniß des öffentlichen oder Gemeingebrauchs nicht wohl möglich war, oder vermochte der Nuntiat Bauerlaubniß in bestimmter, klarer Maße sofort nachzuweisen, so löste der Prätor den Einspruch. War aber über einen oder den andern Umstand noch Zweifel, so blieb die Inhibition bestehn und die Sache wurde in das Verfahren über das betreffende Interdikt ne quid in loco publico oder ne quid in publico flumine oder de ripa munienda etc. übergeleitet, und hier definitiv entschieden. Denn bei dem Bauen in publico (publice oder jure civitatis) fallen die Gegensätze von Besitz und Recht, Provisorium und Petitorium hinweg; nur wer ein Recht nachweist, darf bauen, und nur der, welcher eine Beschädigung oder eine Verletzung des öffentlichen Wohls begründen kann, darf prohibiren. Darum äußert sich hier die remissio nuntiationis in definitiver Weise, und es schließt sich im andern Falle das Verfahren darüber, quo jure quis aedificet, unmittelbar an. Dem entsprechend wirkt auch hier die cautio, welche der Nuntiat leistet, kein Interd. ne vis fiat aedificanti, sondern es wird l. 20 §. 13 h. t. geordnet: neque enim permittendum fuit, in publico aedificare, priusquam appareat, quo jure quis aedificet.

Es unterliegt wohl keinem Zweifel, daß auch bei dieser Remission Einwendungen des Nuntiaten formeller und prozessualischer Natur ihre Erledigung und Beachtung gefunden haben.

Aehnlich mag das Remissionsverfahren gewesen sein, wenn es um ein opus novum in loco sacro oder religioso sich handelte[102]).

VI. Stipulatio ex operis novi nuntiatione oder Cautio de demoliendo.

§. 84.

Die Nuntiatio ex jure prohibendi verliert ihre Kraft durch

102) A. M. Stölzel S. 189 ff. Dagegen Burkhard S. 405 ff.

Digitized by Google

Leiſtung der Caution, welche im Edict nachgelaſſen war. Wie der Prätor auf die Idee gekommen, dieſe Caution heranzuziehen, und warum die Caution den Verluſt des Gewinns, welcher für den Nuntianten mit der Inhibition des Nuntiaten aus dem Einſpruch verknüpft war, aufwiegen kann, iſt ſchon oben (§. 74) erklärt worden.

In l. 5 §. 17 h. t. wird die Cautionsleiſtung der Remiſſion an die Seite geſtellt: Si is, cui renuntiatum erit, ex operis novi nuntiatione satisdederit, repromiseritve, aut per eum non fieret, quominus boni viri arbitratu satisdet repromittatve, perinde est, ac si operis novi nuntiatio omissa esset, (unterblieben, gar nicht geſchehen wäre — oder omissa = remissa). Habet autem hoc remedium utilitatem, nam remittit vexationem ad Praetorem veniendi et desiderandi, ut missa fieret nuntiatio. In l. 20 §. 1 h. t. wird geſagt, daß ſie die Stelle der Remiſſion vertrete (vice nuntiationis missae satisdatio fuerit interposita). Daraus geht klar hervor, daß es nach geleiſteter Caution keiner remissio bedurfte, ſondern eo ipso die Inhibitionskraft des Einſpruchs gebrochen und aufgehoben war. Plane si satisdatum est, exinde remissio facta est, non est necessaria remissio (l. un. §. 2 D. 43, 25).

Der Inhalt der Caution und Gegenſtand derſelben wird in l. 2 §. 1 D. 46, 5 alſo bezeichnet: sicuti stipulatio ex operis novi nuntiatione, qua cavetur, ut opus restituatur. Sie bezieht ſich nur auf das nach der Nuntiation Gebauete oder Eingeriſſene [103]). Geleiſtet wird die cautio ex op. novi nunt. entweder durch einfaches Verſprechen oder durch Sicherſtellung mittelſt Bürgen (l. 5 §. 17 h. t.: Si satisderit, repromise-

103) l. 12 h. t. (Paulus) Ex operis etc. nuntiatione si caveatur, tanti stipulatio committitur, quanti judicatum sit. — Vgl. l. 5 §. 17. l. 8 §. 1. l. 1 §. 5 h. t.

Digitized by Google

ritve)[104]); die Sicherstellung durch Bürgen findet statt bei einem opus novum auf Privat-Grund und Boden, die einfache repromissio, wenn das Werk in publico unternommen werden soll l. 8 §. 3. l. 20 §. 13 h. t. l. 1 §. 6 D. 46, 5), aber — wie ich glaube — auch mit ganz verschiedenen Wirkungen.

a) Die Satisdatio ex operis novi nuntiatione bei einem Werke auf Privatboden ist eine vor Beginn des Prozesses, aber in Beziehung auf eine angekündigte actio in rem[105]) geleistete Stipulatio judicatum solvi mit den bekannten drei Clauseln. „Habet autem ista stipulatio conditionem, ut ita demum committatur, si judicatum fuerit, sive ante rem judicatam causa quae acciderit, neque res defendatur, et de dolo malo subjicitur clausula.“ (l. 21 §. 2 §. 4 h. t.[106]) Man kann sie mit Schmidt vielleicht eine verfrühete Stip. jud. solvi nennen, aber in Wahrheit ist sie eine dieser Stipulation analoge, auf der Sitte der Römer, außergerichtlich die Einleitung eines Prozesses und die Parteirollen durch Uebereinkunft und Cautionsleistung zu regeln, beruhende Stipulation, welche der Prätor in sein Interdict aufgenommen hat. Ihr Zweck ist nicht, ein Klagrecht zu schaffen (ut nova sit actio, wie bei der cautio d. inf.), sondern eine civilrechtlich begründete Klage in ihrer Einleitung, Ausführung und Wirkung zu sichern[107]): sie gehört demnach zu den Stipulationes praetoriae judiciales, und wird in l. 1 §. 1 D. 46, 5 neben der Stip. judicatum solvi aufgeführt als eine besondere Unterart der judiciales[108]).

104) Mit der Erbenclausel auf Seite des Nuntiaten l. 8 §. 7 h. t. Rudorff, S. 145.

105) Nur bei actiones in rem konnte sie in jure gefordert werden. pr. Inst. 4, 11. Keller, Civilprozeß §. 56. Rudorff, Rechtsgeschichte II §. 73.

106) l. 6. l. 9. l. 15 D. 46, 7.

107) ut ratum fiat judicium, l. 1 §. 1 D. 46. 5.

108) A. M. Stölzel S. 111. Dagegen Rudorff S. 144, vgl.

Digitized by Google

Die Zeitbestimmung, welche dieser Stipulation einverleibt wird (l. 13 §. 1. l. 20 §. 14 h. t.), hängt von der Uebereinkunft der Parteien ab, ist nichts vereinbart, so wirkt sie ein Jahr lang (§. 86 unten). Die Erben werden nur auf Seiten des Nuntiaten in die Stip. mit aufgenommen, weil durch den Tod des Nuntianten die Wirkung der Nunt. erlischt (l. 8 §. 6. 7 h. t.).

Unter mehreren Nuntianten (socii, Miteigenthümer) wird nur Einem Caution geleistet, wenn diese darüber sich geeinigt haben; im andern Falle muß Allen cavirt werden. Umgekehrt genügt, wenn von mehreren Mitbesitzern nur Einer cavirt, weil die restitutio operis eine untheilbare Leistung ist (l. 21 §. 5. 6). Die Stipulatio ex op. n. nunt. hat das Eigenthümliche, daß die Restitutio unmittelbar als Hauptsache versprochen wird, die Leistung des Interesse (quanti ea res erit) nur mit der Clausel: si hoc petitori placuerit (l. 21 §. 4 h. t.).

Der geleisteten Caution steht in Ansehung der Wirkung das Anerbieten der Caution gleich, wenn der Nuntiant die Annahme grundlos verweigert (aut per eum non fiet, quominus boni viri arbitratu satisdet, reprommittatve, l. 5 §. 17. l. 20 §. 5. 9 h. t.). In diesem Falle kann der Nuntiat Remission nachsuchen (l. 20 §. 5 cit.), obschon sie hier nur nützlich, nicht unbedingt nothwendig ist (l. 5 §. 17 h. t.).

Der Prätor giebt dem Nuntiaten auf Grund der Caution die Erlaubniß fortzubauen, schützt ihn dabei durch ein besonderes Interdict und überträgt somit den durch die Nuntiation dem Nuntianten gewahrten Quasibesitz auf den Nuntiaten als Baubesitz. Daraus erklärt sich der Ausspruch Ulpians: in op. n.

---

l. 2 §. 1 D. 46, 5 u. l. 13 §. 15 D. 39, 2. Sie brauchte nach Schmidt im petitor. Prozeß nicht wiederholt zu werden. A. M. Karlowa S. 83 weil die Stip. judic. solvi auch das vor der N. Gebauete umfaßt, unsere Stip. aber nicht.

Digitized by Google

nuntiatione possessorem facimus adversarium (l. 1 §. 6. l. 5 §. 10 h. t. vgl. mit l. 7 §. 2 D. 43, 24)[109]. Als Grund zu dieſem Schritte giebt Ulpian die Rückſicht an: pertinet ad decus urbium, aedificia non derelinqui. Dieſer Grund erſchöpft die Sache nicht, denn die Nuntiation kann auch außerhalb der Städte vorkommen, und weit höher noch, als das ſtädtiſche Ausſehn, ſteht die Rückſicht, daß die Siſtirung eines Baues mit ſehr großen Nachtheilen verknüpft ſein kann. Das Interdict, ne vis fiat aedificanti, iſt prohibitoriſch, und wirkt, ſeiner allgemeinen Faſſung ungeachtet, nur gegen den Nuntianten[110], auf Grund des durch die Nuntiation und Caution zwiſchen dieſem und dem Nuntiaten herbeigeführten Engagements. Es wird auch bei verweigerter Caution gegeben, ſo lange die Weigerung dauert (l. 20 §. 15 h. t.), ferner auch post annum (ſo lange, als die Zeitbeſtimmung in der Caution beſagt) und ſteht auch den Erben, ceterisque successoribus zu[111].

Man hat das Cautionsformular zu conſtruiren verſucht, Haſſe, l. c. S. 620, Schmidt, Zeitſch. cit. VIII S. 22, Jahrb. IV S. 215 ff., Rudorff S. 144, Ubbelohde, Gieß. Zeitſch. N. F. XVIII S. 105 ff., Stölzel S. 106. Für die

---

109) A. M. Baron, krit. Vierteljſ. VII 485 ff.

110) l. 5 §. 20. l. 6. l. 7 h. t. Stölzel S. 115. Burkhard S. 426. Einem Dritten gegenüber hat der Bauende die gewöhnlichen, aus ſeinem Rechtsverhältniß entſpringenden Rechtsmittel, uti possidetis, etc. A. M. Heimbach, Rechtslex. VII 602.

111) l. 20 §. 13. 16 h. t. cessat interd., wenn der Termin der Caution abgelaufen, si cautum non perseveret, §. 14 ib. In §. 16 iſt die Lesart der Florent. der Vulgata (hoc int. cessat post annum) nach den Erörterungen oben vorzuziehen. Die Caution kann auch nach Ablauf des Nuntiationsjahrs geleiſtet werden, wenn der Nuntiant ſie annimmt, wozu er alle Urſache hat; denn alle Stipulationes praetoriae konnten auch durch Uebereinkunft der Parteien (conventionales) geleiſtet werden. l. 13 §. 1 D. 46, 7. l. 4 §. 5 D. 2, 11. A. M. Stölzel S. 113.

Digitized by Google

Handlungen Dritter hat der Nuntiat aus der Caution nicht zu haften[112]). Daß das Verſprechen alternativ gelautet habe auf restituere oder quanti ea res est, behaupten Schmidt, Rudorff, Stölzel, Karlowa u. ſ. w.; Ubbelohde[113]) meint, es habe zwei Formulare gegeben und der Nuntiant die Wahl gehabt[114]). Burkhard S. 433—482 behauptet, es ſei unmöglich, daß ein und dieſelbe Stipulation obige Alternative enthalten könne, weil die Verpflichtung zur Reſtitution eine untheilbare, die Stipulatio dagegen, quae incertam quantitatem continet, eine theilbare Obligation umfaſſe; er conſtruirt die Formel dahin: restitui et si restitutum non erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari; in l. 21 §. 7 h. t. verlange Labeo den Zuſatz quanti uniuscunque intersit, für die eventuelle Verpflichtung nur, um das Intereſſe als das Geſammtintereſſe aller Nuntianten genauer zu bezeichnen. Aus dem angeführten Grunde der Untheilbarkeit der Obligation könne man nicht mit Schmidt (VIII S. 23. Jahrb. IV 217), Stölzel S. 107, Schirmer, prät. Judicialſtip. S. 89 die cautio ex op. novi nunt. als eine anticipirte cautio judicatum solvi anerkennen, denn dieſe enthalte eine theilbare Obligation[115]). Auch widerſtrebe die l. 2 D. 46, 5, worin beide Cautionen einander entgegengeſetzt werden, restitutionem continens die eine, incertam quantitatem continens die andere bezeichnet werde.

Auch darüber, wie die Sache nach geleiſteter Caution verläuft, ſind die Stimmen getheilt. Die Meiſten nehmen an, daß der Nuntiant mit der actio confess. oder negatoria aufzutreten habe, und wenn er hier obgeſiegt habe, dann die actio

112) Schmidt, Jahrb. IV 217. Burkhard S. 433.

113) Untheilbarkeit der Obl. S. 98.

114) Für die herrſchende Meinung l. 21 §. 4. l. 12. l. 21 §. 2 h. t. vgl. mit l. 6 D. 46, 7. Vergl. die Excurſe.

115) Die theilbare aber nur in thesi, die untheilbare bei einem restituere zugleich mit in hypothesi.

Digitized by Google

ex stipulatu anſtellen könne[116]). Puchta[117]) und Burkhard (S. 483 ff.) ſind der Anſicht, daß die Caution auch zur Einleitung des Prozeſſes über das jus prohibendi gedient habe (Gaj. IV 93), und die Reſtitutionspflicht in ſolchem Umfange verfolge, in welchem das jus prohib. ſich erſtreckt (B. 509)[118]). Das nächſte Intereſſe, im Petitorium ſein jus prohibendi zu verfolgen, hatte der Nuntiant, weil die Caution ihm nur ein Jahr lang Sicherheit gewährte.

b) Die Repromiſſion wegen eines opus in publico hat einen andern Character, als die satisdatio[119]). Sie giebt keinen Baubeſitz, keinen prätoriſchen Schutz desſelben und folglich auch keine Befugniß fortzubauen, l. 20 §. 13 h. t., neque enim permittendum fuit, in publico aedificare, priusquam apparet, quo jure quis aedificet. Nun aber ſagt uns l. 5 §. 17 h. t.: Si is, cui nuntiatum erit, satisdederit repromiseritve, perinde est ac si op. n. nuntiatio omissat esset, und hinwiederum l. 20 §. 1 und §. 5, daß der Nuntiat, wenn er nach der repromissio fortbaut, das interd. demol. zu fürchten hat, denn dieſes wird nur durch remissio oder satisdatio ausgeſchloſſen. Wozu dient dann die repromissio? — Schmidt (S. 41) und Haſſe (S. 624 ff.) finden ihren Zweck in der erweiterten Verhaftlichkeit der Erben gegenüber dem demolitorium (Haſſe) reſp. den Interdicten publici juris tuendi causa (Schmidt). Näher liegend und praktiſcher ſcheint mir folgender Zweck zu ſein. Durch die Caution mittelſt bloßen Verſprechens wird zwar der Bann gelöſt, aber bauen und einreißen darf der Nuntiat dennoch nur, wenn er Erlaubniß dazu

116) Schmidt, Jahrb. IV S. 220. Schirmer a. a. O. S. 85 ff.

117) Kurſus der Inſt. II §. 168.

118) A. M. Karlowa a. a. O. S. 83.

119) l. 1 §. 6 D. 46, 5. l. 8 §. 3 h. t. Satisdatio bei einem opus in privatio, repromissio bei einem opus in publico; „quia alieno jure (jure civitatis) contendo.“

Digitized by Google

nachweiſen kann, l. 2 pr. §. 10. 16 D. 43, 8. l. 1 pr. D. 43, 11. l. 1 pr. D. 34, 15, und unter der Vorausſetzung, daß der Nuntiant nicht dadurch benachtheiligt wird, l. 5 pr. h. t. l. 2 §. 2. 5. 6. 10. 11 D. 43, 8. Nun iſt aber z. B. das interdictum, ne quid in loco publico bezüglich des Privatintereſſes bei einem Bau in publico, wenn ein commodum entzogen oder ein incommodum reſp. damnum dem Andern zugefügt wird, blos prohibitoriſcher Natur. (Nur im öffentlichen Intereſſe iſt es reſtitutoriſch.)[120]) Für den Fall nun, daß davon nicht rechtzeitig Gebrauch gemacht worden iſt (z. B. weil man den Nachtheil nicht vorausſehn konnte), tritt hier die Repromiſſion aushilflich ein. Der Nuntiant klagt aus der Stipulation auf Beſeitigung des Gebauten, und der Beklagte muß verurtheilt werden, wenn er nicht Bauerlaubniß nachweiſt, oder wenn ſich ein Nachtheil für den Nuntianten herausſtellt[121]). Die Caution begreift hier dieſelben Eventualitäten, wie bei der Satisdatio: Verurtheilung — Unterlaſſung der defensio — dolus. — Aber, wird man fragen, wozu dies Alles, wenn das interd. demol. dem Nuntianten zuſteht? Dieſes Interdikt iſt dem Nuntianten nur gewährt für ein opus, quod in privato unternommen wird. Es ſetzt voraus ein Fortbauen, ohne daß remissio oder satisdatio erfolgt iſt[122]); die repromissio wird gar nicht erwähnt und bleibt alſo außer Rückſicht. Satisdatio aber iſt zu leiſten de eo opere, quod in privato factum erit, l. 1 §. 6 D. 46, 5 und l. 8 §. 3. 4 h. t. Daraus folgt, daß das demolitorium auf Privat-Grund und Boden beſchränkt iſt.

---

120) l. 2 §. 17 D. 43, 8.

121) Stölzel S. 160. Rudorff, Jahrb. IV S. 145 ſpricht blos von Verfolgung eines „Gemeinderechts"; will er damit das Privat-commodum ex publico ausſchließen?

122) l. 20 pr. §. 1 h. t.

Digitized by Google

VII. Das interdictum demolitorium[123]).

§. 85.

Die Nuntiation ist zwar ein Privatverbot, aber mit der Kraft eines prätorischen Interdicts bekleidet; wer daher gegen das Verbot handelt, begeht ein Unrecht, l. 20 §. 4 h. t. (pro eo habendum est, atque si nullo jure factum esset), er sündiget gegen des Prätors Edict, und wird zu restituiren angehalten[124]). Das Interdict lautet in l. 20 pr. h. t.: Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur, quod in eo loco, antequam nuntiatio missa fieret aut in ea causa esset, ut remitti deberet, factum est, restituas. — Das Interdict setzt also voraus 1) eine formell giltige nuntiatio, 2) ein trotz der Nuntiatio fortgesetztes Bauwerk, welches identisch ist mit dem verbotenen; 3) von einer Berechtigung zum Einspruche ist in der Formel nicht die Rede, es würde eine solche Voraussetzung dem Zwecke des Interdicts nicht entsprechen, und die Worte der l. 20 §. 1 h. t.: et si jus faciendi habuit, tamen contra interdictum Praetoris facere videtur, et ideo hoc destruere cogitur, lassen keinen Zweifel, daß das Interdict lediglich auf die Nichtbeachtung des Einspruchs basirt wird. Der Nuntiant muß sich aber in jure auf Thatsachen berufen, welche ein jus prohib. für ihn begründen. Ein Beweis wird nicht erfordert, gegen Chikane schützt das jusjurandum calumniae (Burkhard S. 240. Windscheid, Pand. §. 466 not. 13). 4) Eingeschränkt wird das Interdict durch die exceptio der obrigkeitlichen Remission oder was dieser gleich steht (aut in ea causa esset, ut remitti deberet), also gehörige Cautionsleistung, Verweigerung der Annahme der Caution oder andere Fälle, in denen wegen for-

123) Stölzel S. 210—238. Burkhard S. 224 ff.

124) Schmidt, Interdictenverf. S. 194.

Digitized by Google

meller oder prozeſſualiſcher Mängel ꝛc. die Nuntiatio an ſich unwirkſam iſt (non tenet), (l. 20 §. 1—5 h. t.)[125]).

Das Verfahren war daſſelbe, wie bei den andern reſtitutoriſchen Interdicten. Der Prätor faßt in Beiſein und nach Gehör der Parteien die formula arbitraria ab, wenn der Nuntiat ſubmittirt, oder es ſchließt ſich die Sponsio und Reſtipulation mit judicium secutorium an, wenn er leugnet, dem Edict entgegengehandelt zu haben[126]). Im neueren Rechte exiſtirt dieſe Doppelinſtanz nicht mehr.

Des Ortes, welchen der Kläger meint, wird ſpeciell gedacht, wegen der Beſtimmung in l. 5 §. 16 h. t., ſonſt iſt das Edict allgemein und unperſönlich gehalten, um auch die Nuntiation des Procurators, Tutors und Curators, des Erblaſſers u. ſ. w. zu faſſen, und in Hinſicht des Nuntiaten jeden an Ort und Stelle Anweſenden, durch welchen die Nunt. dem dominus hinterbracht werden kann, einzuſchließen[127]).

Das Interdict geht auf Herſtellung des Zuſtands zur Zeit der Nuntiation, alſo auf Wegnahme des nach der Nuntiation[128]) Gebaueten und reſp. Herſtellung des Eingeriſſenen. Es befreit davon weder ein Baurecht des Nuntiaten, noch die ſpätere Remiſſion oder Caution, denn die Reſtitution wird als Strafe für die Nichtachtung des Edicts aufgefaßt (l. 20 §. 3. l. 22 h. t.)[129]). Da eine Strafe nur den Thäter treffen kann,

---

125) Schmidt, Zeitſchr. S. 33. Rudorff, Jahrb. S. 133.

126) Gaj. IV 164. 165. lex Rub. 19. Rudorff, l. c. 132. 133.

127) Rudorff a. a. O. S. 132.

128) Rudorff a. a. O. S. 135. Karlowa S. 70 l. 1 pr. h. t.

129) Rudorff S. 135. Entſchieden irrig iſt die entgegengeſetzte Anſicht von Stölzel S. 235 ff. wegen „quod in ea re, antequam nuntiatio missa fieret“, — Stölzel S. 233 ff. läßt auch eine Einrede des im petitoriſchen Prozeſſe inzwiſchen nachgewieſenen jus aedificandi zu. Allein eine ſolche Einrede iſt eine thatſächliche und rechtliche Unmöglichkeit (l. 1 §. 7 h. t. praetor denegat actionem). —

Digitized by Google

ſo haftet der Erbe nur, ſoweit er bereichert iſt durch das opus in id, quod ad eum pervenit, vel si quid dolo malo ipsius factum sit, quominus perveniret; l. 20 §. 8 h. t.). Eine Folge des auf Reſtitution gerichteten Zieles des Interdicts iſt dagegen, daß der Erbe, wie der Nachfolger im Beſitze, si non fecit, patientiam praestare d. h. die Wiederherſtellung des vorigen Zuſtands auf Koſten des Nuntianten dulden müſſen (l. 22 h. t.)[130]).

Es muß hier der allgemeine Geſichtspunkt feſtgehalten werden, daß das int. demolitorium nur perſönlich wirkt, weil es als actio ex delicto nur gegen den Thäter geht, daß hingegen die Nuntiatio, aus welcher es entſpringt, in rem fit, alſo auch gegen Den wirkt, welcher das verbotene opus gemacht hat, obſchon ihm oder ſeinetwegen nicht nuntiirt worden iſt, weil er zur Zeit der Nuntiatio noch nicht Beſitzer war[131]).

Kläger iſt[132]) aus dem Interdict zunächſt der Nuntiant ſelber, oder der Beſitzer des Grundſtücks, in deſſen Namen ſie von einem Andern bewirkt wurde. Stirbt der Nuntiant, ehe das verbotene opus unternommen oder fortgeſetzt wurde, ſo verliert der Einſpruch ſeine Kraft, die Nuntiation erliſcht. Wurde das opus aber vor dem Tode des Nuntianten fortgeſetzt, ſo iſt der perſönliche Anſpruch erworben und die bereits begründete Klage geht als actio rei persecutoria ex delicto auch auf ſeine Erben über; auf Singularſucceſſoren kann ſie nicht über-

---

Ob die condemnatio pecuniaria war, oder das der condemnatio vorausgehende arbitrium de restituendo exequirt wurde (vor Juſtinian) iſt beſtritten, Burkhard S. 224 ff.

130) Schmidt, Interdictenverf. S. 140 ff. Zeitſchr. S. 36. Rudorff a. a. O. S. 135. Gegen die Erben wird auch eine actio in factum aufgeſtellt, l. 20 §. 8 h. t.

131) Vgl. oben §. 76 und über patientiam praestare §. 41.

132) Schmidt, Zeitſchr. S. 34. 35.

Digitized by Google

gehn [133]). Wird das Grundstück veräußert, nachdem das opus fortgesetzt worden ist, so verbleibt der Anspruch aus dem Interdict im Vermögen des Nuntianten [134]).

Beklagter ist der Nuntiat, wenn er gegen die Nunt. gehandelt hat; verstirbt er darnach, so geht die Klage gegen die Erben auf die Bereicherung und patientiam praestare. Stirbt er, ohne gegen die Nunt. zu handeln, und der Erbe oder Nachbesitzer setzt das verbotene opus fort, so haften diese auf Restitution. Veräußert der Nuntiat nach Fortsetzung des opus, so ist der Nachbesitzer nur verpflichtet, patientiam praestare, der Thäter haftet für Schaden und Kosten; veräußert er, ohne das Werk fortgesetzt zu haben, und der Käufer setzt es fort, so geht das Interdikt gegen diesen auf Restitution [135]).

Wenn das Grundstück, worauf das in Frage befangene Werk sich befindet, im Besitz mehrerer Miteigenthümer ist, so gilt die Nuntiatio, welche nur an Einen derselben erfolgt ist, auch als gegen die Andern bewirkt (in rem, non in personam fit); gleichwohl werden nur die, welche dagegen handeln, zur Herstellung auf eigene Gefahr und Kosten, die übrigen nur zu patientiam praestare verpflichtet (l. 5 §. 5. l. 18 pr. h. t.). Im Uebrigen haftet der physische und intellectuelle Urheber

---

133) Burkhard S. 195. A. M. ist Rudorff, Jahrb. IV S. 132.

134) Burkhard S. 194. A. M. Baron, Vierteljahrschr. VII 529.

135) l. 8 §. 7. l. 23 h. t. sagen dies ausdrücklich mit Bezugnahme auf das Axiom: nuntiatio in rem fit. Burkhard S. 204. A. M. Stölzel S. 220. Baron a. a. O. S. 531. Schmidt, Zeitschrift S. 37. Hasse l. c. S. 602. Wenn die Letztern voraussetzen, daß der Besitzer die N. gekannt oder durch seine Nachlässigkeit keine Kenntniß davon erlangt habe, so verstößt dies gegen das obige Axiom. Die Erklärung meiner Ansicht liegt darin, daß der Verkäufer den Käufer von allen dinglichen Ansprüchen an die Sache, die ihm bekannt sind, in Kenntniß zu setzen hat (l. 6 §. 8, 9 D. 19, 1), also auch von einer Nuntiatio, und dem Käufer wegen unterlassener Benachrichtigung für allen Schaden haftet. Damit schwindet die Unbilligkeit, welche Stölzel u. A. gerügt haben.

Digitized by Google

des Bauwerks, obgleich nur Eigenthümer pro parte, für die Restitution ganz und ungetheilt (in solidum), weil eine partielle Restitution nicht thunlich ist, quia restitutio operis fieri pro parte non potest; (l. 18. l. 21 §. 5 h. t.).

Das Interdikt ist nicht auf ein Jahr beschränkt, wie das Interdikt quod vi aut clam, sondern wird in perpetuum gegeben (l. 20 §. 6 h. t.) d. h. es unterliegt der gewöhnlichen Klagenverjährung.

Außer der ständigen exceptio der Remissio wird noch die besonders der Formel zu inserirende exceptio conventionis in l. 1 §. 10 h. t. erwähnt[136]). Ob die Einrede, daß das Bauwerk die Reinigung und Ausbesserung einer Wasserleitung oder einer Cloake bezwecke, oder daß Gefahr im Verzuge sei, eine ständige exceptio gewesen (praeterea Praetor generaliter cetera quoque opera excepit l. 5 §. 11—13), ist bestritten.

Das interd. demolitorium war aber nicht das einzige Schutz- und Hilfsmittel für den Nuntianten. Die Nuntiatio ist überhaupt eine prohibitio, und so erwächst dem Nuntianten auch das Interd. quod vi aut clam, welches bei verheimlichten Bauten noch weiter greift, (l. 1 §. 1 h. t. l. 7 §. 2 D. 43, 24). Endlich ist noch zu gedenken, daß wenn gegen die Nuntiatio gebaut worden ist, der Prätor dem Nuntiaten die petitorische Klage zur Ausführung seines Baurechts verweigert (l. 1 §. 7 h. t.), bis dem Nuntianten Genüge geleistet ist.

VIII. Die Umgestaltung der op. novi nunt. durch den Codex und das canonische Recht.

§. 86.

Justinian sagt in der c. Cod. 8, 11 von der o. n. n.: Es

136) l. 7 §. 14 D. 2, 14; si de re familiari op. n. nuntiatio facta sit, liceat pacisci, si de re publica, non liceat.

Digitized by Google

sei früher streitig gewesen, si quis denuntiationem ad inhibendum opus miserit, non posse eum post annum elapsum, ex quo denuntiatio missa est, iterum aedificationem prohibere. — Dieser Eingang bestätigt zunächst, daß der Hauptzweck der Nuntiatio die inhibitio operis ist, sodann aber, daß die Nuntiation nach einem Jahre ihre Wirkung verlor[137]), und endlich daß aus der mündlichen, in re praesenti förmlich bewirkten Einsprache eine schriftliche Denuntiation oder eine per nuntium bewirkte denuntiatio (c. 3 §. 2 Cod. 8, 34 de jure dominii)) geworden ist. — Justinian findet es ungerecht, daß eine grundlose (sive non recte prohibuerit) Nuntiatio den Nuntiaten ein ganzes Jahr hindurch hindern soll, wie er es gleich unangemessen findet, daß, wer mit Grund (recte) denuntiirt hat, nicht auch nach Verlauf eines Jahres noch den Bau verhindern können soll. — Der letzte Satz muß darum auffallen, weil ein Provisorium offenbar nicht das Petitorium ersetzen darf, was durch fortwährende Erneuerung der Nuntiatio bewirkt werden könnte, und weil dabei der Cautio ex op. n. nunt., welche dem Nuntiaten Baubesitz verschaffte, nicht mit einer Silbe gedacht wird. Dasselbe ist der Fall in der c. Zeno's (c. 12 §. 7, 8 Cod. 8, 10); die hier erhobenen Klagen machen es wahrscheinlich, daß jene Caution mit der Stipulatio judic. solvi außer Gebrauch gekommen ist[138]). Justinian verordnet, si quis denuntiationem emiserit, soll der ordentliche Richter erster Instanz intra trium mensium spatium causam dirimere — so lange hatte die Inhibition absolute Kraft —, wenn es aber wegen der Schwierigkeit des Falls oder wegen

137) l. 13 §. 1. l. 20 §. 14 h. t.. Rudorff S. 144.

138) Vgl. §. 2 Inst. 4, 11. A. M. Schmidt, Jahrb. S. 224. Allein das gänzliche Schweigen in Justinians und Zeno's Constit. im Zusammenhalt mit den Institutionen spricht für den Text aufgestellte Ansicht. Vgl. Burkhard S. 535.

Digitized by Google

anderer Hinderniſſe nicht möglich war, die decisio ambiguitatis zu bewirken, d. h. die Ungewißheit, ob ein Baurecht begründet vorliege, durch Erkenntniß zu heben, ſo ſoll der Nuntiat licentiam habere opus, de quo agitur, efficere, prius fidejussore ab eo dato, ut si non recte aedificaverit, omne opus, quod post denuntiationem fecerit, suis sumtibus destruet. — Dieſe Caution zielt auf die Verurtheilung im Petitorium ab; ſie iſt aber eine weſentlich andere, und viel beſchränkter, als die Caution der Pandekten. Die Pflichten des Beklagten, welche früher durch Stipulationes praetoriae vermittelt wurden, gehen jetzt unmittelbar aus Geſetz und Prozeßrecht hervor[139]). Die Bürgen werden dem Richter geſtellt. Der Juſtinianiſchen Caution gegenüber iſt eine blos proviſoriſche Entſcheidung über die Inhibition undenkbar und völlig zwecklos. Die Remiſſion wurde früher geſucht, um der Caution überhoben zu ſein. Die remissio aber iſt, nachdem Diokletian die extraordinaria cognitio zum Typus des ordentlichen Prozeſſes erhoben hatte, in ihrer formellen Bedeutung völlig unpraktiſch geworden. Selbſt ihre äußere Signatur iſt verwiſcht; Juſtinian erwähnt ſie mit keiner Silbe. — Wenn nun das causam dirimere (Cod. 7, 47) blos das Proviſorium bezeichnen ſollte, ſo würde, wenn nach drei Monaten der Nuntiat Caution geleiſtet hat, jegliche Entſcheidung de lana caprina erfolgen; würde erkannt, daß die Inhibition ſtatt habe, ſo nützt dies nichts, denn Nuntiat baut auf Grund der Caution doch fort; würde aber erkannt, die Inhibition hat nicht Statt, ſo hat das abermals keinen Erfolg, denn die Caution iſt einmal geleiſtet und dauert fort, da Juſtinian nichts darüber verordnet, daß ſie relaxirt wer-

139) Bis auf die cautio in §. 2 Inst. 4, 11. Stölzel S. 315. Sie erliſcht nicht nach einem Jahre. Stölzel S. 319. Burkhard S. 541.

Digitized by Google

den kann[140]). Es wurde daher jedenfalls das Petitorium hereingezogen. Wie? — darüber giebt es keine sichere Nachricht. Nach meiner Ansicht erfolgte sofort auf Antrag des Nuntiaten[141]) die Verhandlung der Hauptsache, indem der Nuntiant die petitorische Klage erheben mußte und der Nuntiat event. neben dem Läugnen des jus prohib. sofort seine exceptio de jure vorschützte und damit gehört wurde. Dies läßt sich darum annehmen, weil dies Auftreten des Nuntiaten ein aus der Remission überkommener, mit der extraord. cognitio vereinbarer Akt war[142]). — Diese Auffassung[143]) der Justinianischen Verordnung wird unterstützt durch die schon citirte c. 12 §. 7, 8 Cod. 8, 10, welche laute Klagen über chicanöse und widerrechtliche Bauinhibitionen führt, Beschleunigung der Verhandlung in appellatorio anordnet und Schadensersatz für Beide Theile in Aussicht stellt, si, qui prohibere, aedificantes tentant, causa cadunt, und si, qui non jure ad aedificandum ag-

---

140) Anzunehmen, daß mit der Cautionsleistung das Verfahren über das Provisorium in Sand verlaufe, ist irrationell und hat den Text gegen sich. Die Caution wirkt fort, bis entschieden ist, an recte aedificatum sit, darüber lassen die Worte: si non recte aedificaverit keinen Zweifel.

141) Schmidt, Jahrb. IV S. 225 nimmt an, der Nuntiat habe petitorisch geklagt. Dies ließe sich nur hören, wenn erwiesen worden, daß dem Nuntiaten kein anderer Ausweg mehr offen gestanden; sonst ist es unwahrscheinlich.

142) Die Remission ist nicht ausdrücklich aufgehoben, nur mit dem Untergang des Formularprozesses formell nicht mehr ausführbar. Burkhard S. 517 ff. A. M. Hasse a. a. O. S. 619 ff., 622 ff. Vergl. Stölzel S. 318 ff. Was der Prätor als Richtschnur für sein Dekret aufstellte, gilt für den Richter als positiver Rechtssatz.

143) Auch der Auszug aus unserer Constitution bei Eustathius c. XV §. 4 und Harmenopulus II, 4 §. 7: Ὁ κτίζων εἰ ἐγκαλεῖται καινοτομεῖν, εἰσω τριῶν μηνῶν ὀφείλει λέγειν τὴν δίκην, μετὰ δὲ ταῦτα ἀσφαλίζεσθαι, ὅτι, ἐὰν ὀφθῇ — entscheidet nichts für die Interpretation, da das λέγειν τὴν δίκην ein sehr zweifelhafter Ausdruck ist, der vom Kläger wie vom Beklagten gelten kann.

Digitized by Google

gressi fuerint, judicio superabuntur. Aus dieſer Conſtitution läßt ſich ein vernünftiger Sinn nur herausleſen, wenn man die Verbindung des Petitorium mit der Inhibition vorausſetzt, und die Stipul. jud. solvi als veraltet ſich denkt.

Das canoniſche Recht, cap. 4 X. de novi op. nuntiat 5, 32 verordnet:

> Is cui o. n. te nuntiasse proponis, non obstante cautione, quae offertur ab ipso de opere restituendo, si non jure aedificatum existat, tenetur te per trium mensium spatium exspectare, juris tui praejudicium probare volentem —

Daß dieſes Dekret im Hinblick auf Juſtinians Verordnung abgefaßt worden iſt, leidet wohl keinen Zweifel, und beſtätigt unſere Auslegung der Letzteren. Die im cap. 3 erzählten Thatſachen, ſowie die Bedeutung des Ausdrucks non obstante, wie ſie in cap. 2 und 3, ferner in c. 2 des folgenden Titels vorkommt, endlich die Gloſſe zu c. 4 cit. laſſen keinen Zweifel, daß die Worte non obstante cautione dahin zu überſetzen ſind: „ohne daß die Caution hindernd entgegenſteht, welche dem Nuntiaten rechtlich nachgelaſſen iſt“[144]).

Der mannichfaltigen Erklärungen, welche Juſtinians Conſtitution hervorgerufen hat, hat Stölzel S. 331 ff. ausführlich gedacht. Unverkennbar iſt dieſer kaiſerliche Erlaß, wie ſo mancher andere, in einer etwas incorrecten Schreibweiſe abgefaßt, und es muß uns dieſe Wahrnehmung ein Fingerzeig werden, vor Allem der ratio legis nachzuforſchen. Juſtinian findet zweierlei unangemeſſen, erſtens, daß eine rechtmäßig bewirkte nuntiatio nicht länger als ein Jahr wirken, und daß ein unrechtmäßig eingelegter Widerſpruch einen Bau ein Jahr lang

144) Burkhard S. 569. Stölzel S. 336 will das Dekret auf den Fall einſchränken, daß der Nuntiant ſofort ſich bereit erklärt, zu erweiſen, daß das opus novum ſein Recht verletze.

Digitized by Google

hemmen soll. Nach diesen zwei Richtungen hin will er gründlich abhelfen. Darum soll jeder Einspruch (ohne Zulassung der Caution) 3 Monate absolut wirken, in dieser Zeit aber der Richter sich beeilen, (causam dirimere[145]), den Streit zu entscheiden oder zu beseitigen. Ist es aber nicht möglich, den Streit (decisionem ambiguitatis) in dieser Zeit zu entscheiden, so soll nun der Nuntiat nach Leistung einer Caution (de restituendo opere) die Erlaubniß haben, fortzubauen. Dem recte prohibere stellt Justinian gegenüber das si non recte aedificaverit; die Nuntiatio wirkt also so lange, bis darüber entschieden ist, ob der Nuntiat zum Bau berechtigt ist, und nur dann, wenn solche Entscheidungen in 3 Monaten nicht zu ermöglichen, soll die Nuntiatio durch die Caution verdrängt und aufgehoben werden.

IX. Die Praxis hinsichtlich der operis novi nuntiatio.

§. 87.

Hier stütze ich mich in der Hauptsache auf Stölzel, dessen Arbeit in dieser Partie als sehr verdienstlich anzuerkennen ist, obschon ich seinen Folgerungen nicht allenthalben zustimmen mag.

Die Einschränkung der o. n. n. auf Servituten, deren einziger und unmittelbarer Inhalt die Verpflichtung, nicht zu bauen oder nicht einzureißen ist, wurde in der Praxis, da nicht einmal die Theorie sie klar erfaßt hatte, nicht festgehalten, sondern das Einspruchsrecht wegen aller Servituten zugelassen[146]). Ferner

---

145) Stölzel nimmt an causam nuntiationis; davon steht im Text nichts. Justinians Verordnung enthält nicht die leiseste Andeutung von einem Gegensatz zwischen Provisorium und Petitorium, und zur Erklärung derselben muß c. 12 Cod. 8, 10 herangezogen werden.

146) Cramer, Wetzlarisch. Nebenstunden, Thl. 96 Nr. 6. Henkel,

Digitized by Google

entſchied das O.A.Gericht zu Darmſtadt, übereinſtimmend mit dem O.A.Gericht zu Jena, daß jedes opus solo conjunctum (nicht blos Bauwerke) Object der Nunt. ſeien, weil l. 1 §. 11 D. 39, 1 nur einen ſpeziellen Fall behandle(!), und ein großer Theil der Rechtslehrer(?) der Anſicht ſei, daß auch die Anlegung von Dämmen, Gräben, Gruben, Brunnen, Erdhaufen u. dgl. dem Edict unterliege[147]).

Bezüglich der Cautionsleiſtung haben die Anſichten der deutſchen Gerichtshöfe ſehr gewechſelt, niemals ſind ſie gleichförmig und gleichlautend geweſen; bald wird die Vorſchrift des canoniſchen Rechts feſtgehalten, bald wird dem richterlichen Ermeſſen überlaſſen, ob in concreto die offerirte Caution die Inhibition löſen könne, bisweilen ſtellte man gewiſſe Bedingungen auf, z. B. Beſitz des Nuntiaten (Lynker), probabilis causa aedificandi (Hommel), Nichtbeſcheinigung des Rechts des Nuntianten (Leyſer), die alle rein willkürlich erſcheinen müſſen.

Das in den Pandecten erwähnte Remiſſionsverfahren konnte ſchon zu Juſtinians Zeiten nicht mehr exiſtiren. In ſeiner Verordnung C. 8, 11 wird es nicht erwähnt, und nach dem Inhalte derſelben giebt es keinen Raum mehr für die Remiſſion; es laufen Proviſorium und Petitorium durch einander. Die remissio wird von den Juriſten früherer Zeit ſelten als ſelbſtſtändiger Prozeßabſchnitt erwähnt und nur theoretiſch. Die Kammergerichtsordnung von 1555 Thl. III §. 2, 3 zählt die op. n. n. zu den causae extraordinariae, die beſonders gefördert werden ſollen. So darf man ſagen, daß die For-

merk. Rechtsf. aus d. kurheſſ. Rechtspfl. S. 57. Girtanner, Repertor. S. 175. Seuffert, Archiv V, 34 (Oberapp. Celle), desgl. Wochenbl. für merkw. Rechtsf. in Sachſen 1846 S. 398. (O.A.G. Dresden) A. A. die Tübinger Facult. (Besoldi, cons. Tub. 1661. Vol. I. c. 15 pr. 45).

147) Gail. pract. obs. lib. I. 16. Wesenbec. cons. Bas. p. III cons. 136.

Digitized by Google

malien der nuntiatio, auf die sich ihr eigenthümlicher Inhalt wesentlich stützt, in Deutschland niemals in Gebrauch gewesen sind. Die Nuntiatio wurde im Mandatsprozesse verhandelt; der Nuntiant hatte im Justificationsverfahren das factum turbationis und sein Recht zu bescheinigen, und darauf wurde ein gerichtliches Verbot erlassen, ohne daß petitorische Einreden, die nicht sofort zu beweisen waren, eingemischt werden durften, oder der Impetrant wurde im Mangel genügender Bescheinigung abgewiesen, resp. das erlassene Mandat wieder aufgehoben. Später bildete sich der Inhibitivprozeß (namentlich in den sächs. Ländern) aus, der die Gründe und Zwecke der op. n. nunt. umfaßte und weiter ausdehnte. Aber überall wird hier ein richterliches Verbot vorausgesetzt und Bescheinigung des Rechts und der Störung Seiten des Impetranten erfordert, oder es wird Gefahr eines Verlusts, eines unersetzlichen Schadens vorausgesetzt und der Impetrant hat im Justificationstermin sein Recht zu bescheinigen. Ein bloßes Privatverbot kann eine Klage de demoliendo nicht begründen; denn wenn das richterliche Verbot nicht ohne Bescheinigung des Rechts erlassen wird, ist es inkonsequent, anzunehmen, daß ein Privatverbot stärker wirken und mächtiger sein könne. Die Grundlage der Nuntiatio sowohl, als des Interdikts quod vi aut clam besteht in der römischen Anschauung, daß ein Zuwiderhandeln gegen ein Privatverbot ein Delikt umfasse, bei jener als eine Nichtbeachtung des interdictum Praetoris, bei diesem als unerlaubte Eigenmacht (injuria, vis). Diese Anschauung hängt innig zusammen mit dem Wesen der römischen Rechtsverfolgung, bei welcher die Selbstthätigkeit der Parteien und eine gewisse Eigenmacht nicht nur erlaubt, sondern vielfach nothwendig war. Auf einer ganz andern Unterlage beruht dagegen der gemeine deutsche Prozeß, welcher durchweg von dem Richter geleitet und dirigirt wird. Mit der Entwickelung der

Digitized by Google

landesherrlichen Souverainität der Fürsten entfaltete sich in den Juristen und in dem Volke selbst allmählig der Gedanke einer richterlichen und obrigkeitlichen Machtvollkommenheit[148]), welcher gegenüber jede Eigenmacht, ja fast jede Selbstthätigkeit der Unterthanen behufs der Rechtsverfolgung als ein Eingriff in die obrigkeitliche Gewalt und als ein Vergehn gegen dieselbe angesehn wurde. Dies mußte auch von Privatverboten und dgl. gelten. Von den römischrechtlichen Privatakten (insbesondere auch von den Denuntiationen)[149]) haben nur sehr wenige in Deutschland eine gewisse Geltung behalten, z. B. die Pfändung bei Beschädigungen (auf Grund des sächs. Rechts), die Denuntiation des Cessionars an den Schuldner des Cedenten, die Denuntiationen, welche bei dem Denuntiaten den guten Glauben aufheben sollen (bei dem Depositum, dem Kauf einer fremden Sache ꝛc.). Die Unwirksamkeit der Nuntiation und der Prohibition hat sonach ihren Grund in der Volksanschauung, in der Ueberzeugung der Rechtskundigen und in den veränderten Fundamentalprinzipien des Civilprozesses. Sind nun jene Privatakte unwirksam, so kann von einem Delikt nicht mehr die Rede sein und folglich auch nicht von einem interd. demolitorium oder quod vi aut clam. — Substituirt man dem Privateinspruch ein richterliches Verbot, so enthält man ein ganz verschiedenes Rechtsinstitut, bei dem die Grundsätze vom

148) Den Beweis liefern die Landesgesetzgebungen, insbesondere die Einführung des Inhibitivprozesses. Das Churf. Brandenb. revid. Landr. fürs Herzogth. Preußen enthält lib. 3 t. 5 §. 26 die op. n. n. in den Hauptpunkten: „Es mag aber solche Denuntiation eines newen Baues folgender Gestalt geschehn: Daß er nämlich die Obrigkeit darüber ersuche und anrufe, damit der vorgenommene newe Baw alsbald ab- und eingestellt werde".

149) Asverus, die Denuntiation, S. 296. Auch er bemerkt, daß schon die Glosse gegen eine allgemeine Anwendbarkeit der Denuntiationen und der damit zusammenhängenden Privatakte sich entschieden habe.

Digitized by Google

Mandats- resp. Inhibitivprozesse anzuwenden sind. Diese Grundsätze aber weichen von dem Verfahren bei der Nuntiation und dem interd. quod vi ganz wesentlich ab, z. B. in Betreff des Beweises der Berechtigung zum Einspruch, des Prozeßganges und des Prozeßausganges [150]). Von einer Cautionsleistung oder Remission kann hierbei nicht die Rede sein.

Dabei ist auch nicht zu unterschätzen die Bemerkung der Glosse [151]), daß ein solcher Privatact keinen Erfolg habe. Wenn Gail (obs. 11 lib. 1) und Frider (de proc. et mandat. notationes cap. 32) behaupten [152]), daß auf Grund einer Privatnuntiation ein mandatum demolitorium erwirkt werden könne, so bleiben dies subjective, vereinzelt stehende Ansichten gegenüber der herrschenden Volksmeinung; Erkenntnisse solchen Inhalts wird man vergebens suchen.

Während ein Theil der Praktiker sich dafür ausspricht, daß im demolitorischen Prozesse der Beweis des jus nuntiandi nicht zu fordern sei (Gail, Carzow) [153]), bekennen die Würtemberger Gerichte, sowie die O.A.G. zu Kassel und Dresden sich zur entgegengesetzten Ansicht [154]).

---

150) Martin, Civilproz. §. 244—249. Uebergang ins Petitorium bei Einreden, §. 249 not. g u. h.

151) Zu c. 11 §. 1 C. 4, 34: Tertia persona veniens ex transverso non potest extra judicium prohibere — hodie nulla persona veniens ex transverso potest extrajudicialiter interdicere. —

152) Für die Unwirksamkeit des Privatverbots sind Franke, Archiv f. civ. Prax. B. 22 S. 375 ff. Sintenis, Civilrecht B. III §. 124 Nota 58. Heimbach, Rechtslex. B. VII S. 580. Schäffer, Arch. f. prakt. Rechtsw. 1. B. S. 1. Zimmermann, Arch. f. civ. Prax. B. 37 S. 218. A. M. Burkhard S. 537. Windscheid §. 466 not. 20.

153) Das O.A.G. in Darmstadt Seuffert, Archiv VII, 61.

154) Harprecht, resp. Tub. 1701 tom. IV resp. 80. Horn, consult. et resp. 1726 c. 9 resp. 11. Pfeifer, prakt. Ausf. 4. B. S. 41 ff. Heuser, Annal. B. VIII, 120. Zeitschrift f. Rechtspflege u. Verw. in Sachsen B. 8 S. 84.

Digitized by Google

Wenn Stölzel die Verdrängung der Nuntiation aus dem Rechtsleben zugesteht, aber die Erklärung dafür lediglich darin finden will, daß die deutsche Sprache für die op. n. n., deren Anwendung wesentlich einen bestimmten Wortausdruck verlange, keinen eigenen Namen geschaffen und den fremden Namen nicht bei sich eingebürgert habe, so erscheint diese Erklärung an sich nicht ausreichend, aber es widerspricht ihr auch der Umstand, daß schon zu Justinians Zeiten ein mittere denuntiationem Sitte war.

Wie wenig der materielle Inhalt der nuntiatio bei dem deutschen Mandats- oder Inhibitivprozeß beachtet und festgehalten worden ist, ergiebt sich zur Genüge aus den in Seufferts Archiv mitgetheilten Fällen [155]).

Die op. n. n. wegen damnum infectum wird von den Praktikern kaum erwähnt und dürfte wohl als praktisch nicht angesehn worden sein. Bei der großen Unkenntniß und der gänzlichen Verkennung der wahren Bedeutung der cautio d. inf. darf dies nicht Wunder nehmen.

Dasselbe ist der Fall mit der Nuntiatio juris publ. tuendi causa. Bei den Römern lief noch Staatsrecht und Privatrecht ohne feste Grenzlinie in einander, eine scharfe Trennung der Justiz von der Verwaltung, wie sie die moderne Anschauung fordert, war noch nicht erfunden. Deshalb lassen sich die römischrechtlichen Bestimmungen heutzutage nicht mehr anwenden. Wegen eines opus, quod publico usui obstat, oder die öffentliche Sicherheit gefährdet, also lediglich im öffentlichen Interesse, ist eine op. n. n. unstatthaft; nur Anzeige ist möglich. Die Sorge für das Gemeinwohl und den Ge-

155) „Ein richterliches Bauverbot vertritt heut die Stelle der Nuntiation", Sächs. Zeitschr. N. F. B. 24 S. 252.

Digitized by Google

meingebrauch üben jetzt besondere Aufsichts-, Verwaltungs- und resp. Polizeibehörden [156]).

An Stelle des Mandats und Inhibitiv treten nach der deutschen Civ.Proz.Ordn. einstweilige Verfügungen (vgl. §. 96 unten).

---

156) Sächs. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1846 S. 398. Andere Ansichten O.A.G. Darmstadt, Seuffert, Archiv IX, S. 213. Arch. f. prakt. Rechtsw. IX, S. 103. O.A.G. Kassel, Strippelmann, Entsch. des O.A.G. zu Kassel 5. B. S. 189.

Digitized by Google

VII. Abſchnitt.

Das Interdictum quod vi aut clam [1]).

§. 88.

Dieſes Interdikt iſt begründet, wenn eine Veränderung an einem Grundſtück oder an einem Beſtandtheile deſſelben gegen den Einſpruch eines dabei rechtlich Intereſſirten, oder heimlich, d. h. mit der Abſicht, einem zu beſorgenden Einſpruch auszuweichen, bewerkſtelligt worden iſt. Die Klage geht auf Wiederherſtellung des vorigen Zuſtands zur Zeit des Verbots reſp. auf Erſatz des Intereſſe (l. 1 pr. l. 15 §. 7 D. quod vi aut clam, 43, 24).

Dieſes Interdikt hat den Zweck, den gegenwärtigen Zuſtand eines Grundſtücks zu erhalten, wenn durch eine Veränderung daran das rechtliche Intereſſe des Einſprechers gefährdet oder verletzt wird [2]).

---

1) Haſſe, Rhein. Muſ. IV, 1. Franke, Archiv für civ. Praxis XXII, 14. Schmidt, Zeitſchr. f. Civilr. u. Proz. N. F. I S. 347, f. Rechtsgeſch. VIII S. 25. Schäffer, Arch. f. pr. Rsw. I, S. 2, II. Zimmermann, Arch. f. civ. Prax. XXXVII, S. 230, XLI, S. 7, LII, S. 20. Duhn, ebend. B. 48 S. 8. Stölzel, die Lehre von der op. novi ment. und dem int. quod vi aut clam. Heſſe, das Einſpruchsrecht, Leipz. 1866. Stölzel, Jahrb. f. Dogm. VIII, S. 6. Baron, krit. B.J.S. VII, S. 489 ff.

2) Stölzel a. a. O. S. 342. Schmidt a. a. O. S. 9. Heſſe, Einſpruchsrecht S. 3.

Digitized by Google

Es hat in der Wissenschaft zu vielen Zweifeln und Erörterungen Anlaß gegeben. Nach Donell's und Hasse's Darstellungen soll dasselbe auf folgenden drei Hauptsätzen beruhen [3]):

1) Als eigenmächtig und deshalb widerrechtlich gilt jede Veränderung des Grundes und Bodens, der Gebäude u. s. w., welche gegen ein eingelegtes Verbot oder heimlich, ohne vorgängige Anzeige, vorgenommen wurde.

2) Auf die Rechtmäßigkeit der Handlung kommt nichts an.

3) Der Kläger muß aber irgend ein Interesse nachweisen.

Dagegen hat Franke geltend gemacht [4]), daß diese Lehre in ihren Consequenzen allen Erfordernissen einer vernünftigen Rechtspflege widersprechen würde, und in ihrer Schwachmüthigkeit dem röm. Rechte nicht zugetraut werden könne, welches überall dem Eigenthümer den kräftigsten Schutz gegen Eingriffe gewähre. Er kommt schließlich zu der Ansicht, es müsse entschieden werden, ob Jemand auf dem Seinigen ein opus unternehme, oder auf einem fremden Grundstücke. Im letzteren Falle sei die bisherige Doktrin begründet, im ersteren Falle sei eine Prohibition vom Eigenthümer nur dann zu respektiren und resp. das Interdikt begründet, wenn der Kläger zugleich den Beweis seines Verbietungsrechts (im materiellen Sinne) erbringe.

Gegen Franke erhob sich wieder Schmidt [5]) und wies zunächst nach, daß die Franke'sche Unterscheidung und Meinung direkt gegen klare Zeugnisse der Quellen anlaufe [6]), dann aber suchte er darzulegen, daß die Bedenken Franke's, welche aus der möglichen Vexation des Eigenthümers entlehnt sind, bei rich-

---

3) Donelli, comm. lib. XV cap. 35. Rhein. Museum Jahrg. IV S. 1—51.

4) Arch. f. civ. Praxis B. 22 S. 350 ff.

5) Schmidt (Schwerin) in der Zeitschrift f. Civilrecht und Proz. N. F. B. I S. 347 ff.

6) l. 1 D. 43, 24.

Digitized by Google

tiger Auffassung des Interdikts gänzlich verschwinden. Schmidt's Ansicht geht dahin:

1) Die Klage aus dem Interdikt wird gegen denjenigen angestellt, welcher irgend eine Veränderung auf einem Grundstücke gewaltsam oder heimlich vorgenommen hat; sie steht demjenigen zu, der durch diese Veränderung einen Nachtheil erleidet, und geht auf Wiederherstellung des vorigen Zustandes und Erstattung des Interesse.

2) Berechtigt zur Anstellung ist jeder, der als Eigenthümer, Realberechtigter oder nur vermöge persönlicher Rechte Interesse an dem Bestehen des früheren Zustandes hat.

3) Als gewaltsam vorgenommen wird jede Veränderung bezeichnet, welche Jemand vornahm, ungeachtet er daran prohibirt, d. h. faktisch, oder wörtlich durch ein Verbot, oder symbolisch durch jactus lapilli — verhindert wurde. Verheimlichung ist vorhanden, wenn Jemand vernünftiger Weise eine Prohibition zu besorgen hat und diese zu umgehen sucht.

4) Darauf, ob der Beklagte ein Recht zu der bestrittenen Veränderung hat oder nicht, ob also der Kläger mit Recht prohibirte oder nicht, kommt nichts an, auch eine unrechtmäßige Prohibition muß bis zur gerichtlichen Entscheidung darüber respektirt werden.

5) Die Prohibition ist faktische Verhinderung, der jactus lapilli und die wörtliche Prohibition sind nur mildere Formen der faktischen Verhinderung. Prohibition ist Selbsthilfe; rechtmäßige Prohibition ist erlaubter Selbstschutz, widerrechtliche ist vis, und das Rechtsmittel zum Schutz dagegen ist das interdictum uti possidetis. Einem wirklich Berechtigten ist nur dann zur Prohibition zu rathen, wenn er dieses Interdikt nicht zu fürchten hat. Denn einem besonnenen Gegner gegenüber würde der Prohibent zwar augenblickliche Sistirung (der Neuerung) erreichen, diesen Vortheil aber mit seiner

Digitized by Google

Verurtheilung im Besitzprozesse oder in Folge einer Injurienklage theuer erkaufen müssen.

6) Der Grundsatz vim vi repellere[7]) findet hier nicht Statt. Der Prohibent will den bestehenden Zustand aufrecht erhalten, die Handlung des Gegners wird dadurch erst vis, daß sie jenes Einspruchs ungeachtet fortgesetzt wird; der Prohibirte schützt sich nicht gegen einen fremden Eingriff, sondern will eine Veränderung mit Gewalt durchführen. Wollte man dieses gestatten und den obigen Grundsatz zulassen, so wären ernstliche Conflikte zwischen den Parteien zu besorgen. Diese Gefahr zu beseitigen und den bestehenden Zustand aufrecht zu erhalten, bis über das Recht oder mindestens den Besitz entschieden ist, ist die Aufgabe des Interdikts quod vi aut clam. Es hat mithin eine ähnliche Stellung, wie das summariissimum des heutigen Rechts zum ordinarium.

7) Das Interdikt quod vi konkurrirt mit dem Interdikte uti possidetis und ist bei denjenigen Servituten, für welche ein possessorisches Interdikt nicht gegeben ist, das einzige Mittel, sich im Besitze zu schützen. Es kann aber auch dem Besitzer gegenüber in den Fällen ohne Gefahr die Prohibition gebraucht werden, in welchen dieselbe nicht als Verletzung des Besitzers angesehn werden kann, a) wenn der Besitzer gegen gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums mit dem opus verstößt, z. B. bei Zuweisung von Regenwasser, b) wenn der Besitzer kontraktswidrig ein dem Pachter oder Miether nachtheiliges Werk unternimmt[8]) u. s. w.

8) Das int. quod vi ist bei uns nicht rezipirt a) weil bis in die neueste Zeit das Schutzmittel gegen widerrechtliche Pro-

7) Diesen lassen Franke und Wiederhold zu. Wiederhold die op. novi nuntiatio, Marburg 1831.

8) l. 3 §. 3 D. uti possidetis, I 12 D. 41, 2.

Digitized by Google

hibition, das interd. uti possidetis, nicht als ſolches anerkannt geweſen iſt; b) weil der dem Interdikte quod vi zu Grunde liegende Grundſatz mit der deutſchen Gewere unvereinbar iſt.

Hiergegen iſt nun wiederum Zimmermann aufgetreten und hat folgende Sätze zu begründen verſucht[9]):

1) der beſitzende Eigenthümer, welchem gegenüber ein Private ein ſolches Verbot einlegt, braucht ſich darum nicht zu kümmern; er kann mit ſeinem opus fortfahren und wenn er mit dem Interd. quod vi belangt wird, auf ſeinen Beſitz zur Zeit des Verbots ſich einredeweiſe berufen. Es ergiebt ſich dies deutlich aus l. 7 §. 2 D. h. t., indem hiernach ſelbſt derjenige, welcher nur in Folge geleiſteter Caution bei der op. n. nuntiatio als possessor betrachtet wird, ein Verbot des Nuntianten nicht weiter zu beachten braucht; dies müſſe auch bei dem wirklichen Beſitzer der Fall ſein.

2) Das nackte Verbot habe an und für ſich gar keine Wirkung, es müſſe die denuntiatio des Gegners vorausgegangen ſein[10]) oder es müßten ſolche Umſtände vorliegen, welche den Unternehmer des opus ein Verbot mit Sicherheit erwarten ließen. Die weſentlichſte Vorausſetzung ſei, daß der Unternehmer entweder durch ſeine Anzeige das bei dem Unternehmen mögliche Intereſſe des Anderen ausdrücklich, oder doch ſtillſchweigend durch den Gedanken an den zu erwartenden Widerſpruch des Gegners anerkenne. Wer trotz dieſes Anerkenntniſſes gegen das Verbot des Andern handelt, von dem erſt könne man ſagen, daß er eigenmächtig handele[11]).

---

9) Archiv f. civ. Prax. Bd. 37 S. 230 ff. Bd. 41 S. 182. Bd. 52, S. 464.

10) Dagegen l. 5 §. 7 D. h. t.: „si quis, quum non denuntiasset opus se facturum, eique denuntiatum esset, ne faceret, fecerit, utilius puto probandum, vi eum fecisse".

11) l. 43 D. 9, 2. l. 13. §. 5 D. 43, 24.

Digitized by Google

3) An der heutigen Anwendbarkeit des Interdikts sei hiernach nicht zu zweifeln, es sei in Praxi vielfältig angewendet und erkannt worden, und dasselbe komme um so mehr in Gebrauch, je mehr man in der Praxis darauf halte, daß die Spolienklage und das summariissimum nur dem juristischen Besitzer zukomme [12]).

Stölzel a. a. O. S. 416 ff. sucht auszuführen, die Interdicte seien zunächst zum Schutze des Besitzers bestimmt gewesen; was vor Erwirkung eines prätorischen Verbots (uti possidetis u. dgl.) der Besitzer an Störungen erlitten, habe er zwar via facti beseitigen können, aber ein Rechtsanspruch deshalb sei ihm versagt gewesen. Für die Fälle nun, wo Gefahr in Verzug gewesen und bis zur Auswirkung des prätorischen Verbots unwiederbringlicher Nachtheil drohte, auch da wo der Besitzstörer heimlich handelte, hätten sich die Besitzinterdicte unzulänglich gezeigt, und diese Lücke habe das int. quod vi ausfüllen sollen. Daneben habe es jedoch wünschenswerth erschienen, auch dem Nichtbesitzer, sofern er sachlich interessirt war, dieses Interdict einzuräumen und durch die spätere Umgestaltung der Interdicte sei die ursprüngliche Nebenbedeutung zur Hauptbedeutung geworden.

Stölzel behauptet weiter S. 381: das Interdict stehe dem zu, welcher Thatumstände beweisen kann, welche ihn wegen der Errichtung eines opus in solo als klagberechtigt erscheinen lassen, und daneben den Beweis übernimmt, daß der Errichter gegen Verbot oder heimlich gehandelt habe, unangesehn eines etwaigen exceptivischen jus faciendi des Gegners.

Stölzel stellt weiter in Abrede (S. 384 ff.), daß das Interdict vom Nichtbesitzer gegen den Besitzer erhoben werden könne. Als interessirt könne nur angesehn werden der Dinglichberechtigte und der Besitzer, oder derjenige, welcher sich

12) S. 241 im Archiv l. c.

Digitized by Google

zwar lediglich auf ein persönliches, das beeinträchtigte Grundstück betreffendes, aber mit Innehabung des Grundstücks verbundenes Rechtsverhältniß stütze; der Käufer vor der Tradition, obschon er die Gefahr trage, habe das Interdict nicht.

Endlich bestreitet Stölzel (S. 556 ff.) die heutige Anwendbarkeit des Interdicts und weist nach, daß es in seiner eigentlichen Gestalt und in seiner wahren Bedeutung fast zu keiner Zeit in Anwendung gekommen ist.

§. 89.

Eine ausführliche Beleuchtung resp. Widerlegung dieser Ansichten ist hier nicht am Orte. Die Behauptung Zimmermann's unter 1 oben kann nicht mit einer Bezugnahme auf l. 7 §. 2 D. 43, 24 gerechtfertigt werden. Der Baubesitz des Nuntiaten in Folge geleisteter Caution hat einen speziellen Grund, den Ulpian l. 20 §. 10 D. 39, 1 in den Worten ausdrückt: etenim pertinet ad decus urbium, aedificia non derelinqui. Der Hauptgrund liegt aber darin, daß die Unterbrechung eines Baues in der Regel mit großen Nachtheilen für den Unternehmer sind, die größer sein können, als die Nachtheile, welche der Nuntiant vom Bauen hat, so daß bei Gefahr im Verzuge die Nuntiation sogar unwirksam sein kann [13]). — Der Eigenthümer, welcher an seinem Grundstück eine Servitut bestellt oder es verpachtet u. dgl., beschränkt in so weit seine Macht des Eigenthums und den Gebrauch desselben. Die Ausübung der Servitut oder des Pachtrechts kann keine Besitzstörung für den Eigenthümer erzeugen, und er kann sich mit dem interd. uti possidetis nicht schützen, wenn er sich Eingriffe in jene Ausübung erlaubt. Darauf weist l. 3 §. 3 D. 43, 17 uns hin, nach welcher der Eigen-

13) l. 5 §. 12. 13 D. 39, 1. Auch für l. 3 §. 8 D. 43, 21 enthält l. 5 §. 11 D. 39, 1 den speziellen Grund, den Zimmermann mit Unrecht verallgemeinern will.

Digitized by Google

thümer der Prohibition des Miethers mit dem Interdict uti possid. nur dann begegnen kann, wenn er ihm ausdrücklich (vor Zeugen?) erklärt, daß er ihn nicht in seinem Wohnrecht stören wolle. Weiter sagt l. 3 §. 7 D. 43, 17: dominus soli adversus superficiarium potior erit interdicto uti possidetis, aber der Prätor schütze den Letztern secundum legem locationis, d. h. er fügt der Formel den Vorbehalt ein, wenn der Superficiar zu der fraglichen Handlung befugt sei ex locatione. Daraus ergiebt sich, daß der Besitzschutz des Eigenthümers aufhört, wo die Berechtigung des Andern in Bezug auf sein Eigenthum anfängt. In so weit er sich nicht einen Eingriff in diese Berechtigung erlaubt, schützt ihn das int. uti poss. gegen ungerechtfertigte Einsprüche (prohibitio), und außerdem kann er nach l. 3 §. 5 h. t. durch Cautionsleistung die Wirkung des Verbots aufheben. Die rechtliche Macht des Eigenthümers wird also durch das Interdikt nicht zweckwidrig beschränkt oder beeinträchtigt. Und warum soll von ihm nicht gelten, was l. 1 §. 2 D. h. t. ganz allgemein ausgesprochen wird: sive enim jus habuit, sive non, tamen tenetur interdicto; tueri enim jus suum debuit, non injuriam comminisci.

Daß, wie Stölzel meint, der Käufer vor der Tradition wegen des periculum ein Interesse habe, das ihn zur Erhebung des Interdikts legitimiren müsse, ist in Abrede zu stellen[14]). Das periculum begreift den Untergang und die Verschlechterung der Sache. Nur die letztere kann wohl bei einem opus in solo in Frage kommen, und da hat der Käufer kein Interesse, weil ihm der Verkäufer für diligentia haftet; zur diligentia gehört auch die Verhinderung solcher opera. Dies gilt auch von denen, die möglicher Weise einen Untergang der Sache herbeiführen könnten[15]). Der Schluß Stölzels, daß dem Käufer das In-

14) l. 11 §. 12 h. t. nec multum facit, quod res emtoris periculo est.
15) Dies erhellt aus l. 18 §. 8. 9 D. 39, 2.

Digitized by Google

interdikt nicht zustehe, weil ihm die Innehabung mangele, trifft nicht zu; bei dem precario possidens liegt der Grund in dem Interesse, was ein solcher in Folge des ihm gestatteten usus hat [16]).

Die eben erwähnte Ansicht Stölzels, daß das int. quod vi zunächst zum Schutze des Besitzers bestimmt gewesen sei, ist eine Hypothese [17]); die von ihm citirte l. 11 §. 12 h. t. beweist nichts für seine Meinung. Die Berufung auf die allgemeinen Sätze: possessor pluris jus habet, quam ille, qui non possidet, und in re pari potior est causa prohibentis [18]) kann gegenüber einer Klage, die auch dem Nichtbesitzer ausdrücklich gegeben wird, und allen, die ein (auch blos persönliches) Interesse an dem opus haben, Stölzels Ansicht nicht rechtfertigen. Die weitere Deduction, die prohibitio sei ein Akt der Besitzergreifung (S. 424) resp. eine vis; gewaltsame Eingriffe aber könne der Besitzer mit Gewalt zurück weisen, dies sei erlaubte Selbsthilfe, und der Besitzer könne dem Interdict die Einrede der vis des Prohibenten entgegen setzen, ist offenbar verfehlt. Die gesetzlich erlaubte prohibitio kann keine vis im Sinne des tit. 43, 17 sein; sie wird erst zur vis oder Besitzstörung, wenn sie rechtswidrig d. h. ohne Recht vorgenommen wird. Darüber sollen eben nicht die Parteien, sondern es soll der Richter entscheiden.

Die Stellen, auf welche Stölzel (S. 424 ff.) sich weiter beruft, l. 22 §. 2 h. t. l. 1 §. 18 D. 39, 1. l. 3 §. 4 D. 43, 17. l. 5 §. 10 D. 39, 1 beweisen das nicht, was er hineinlegt.

---

16) l. 1 pr. §. 3. l. 2 §. 3 D. 43, 26.

17) Ich glaube im Gegentheil, daß sie bestimmt war, eine andere Lücke auszufüllen, nämlich den Rechtsverhältnissen, die der Hilfe der Besitzinterdicte entbehrten, einen ähnlichen vorläufigen Schutz zu gewähren.

18) Ueber die richtige Bedeutung dieses Satzes siehe unten §. 97 u. 98.

Digitized by Google

Stölzel interpretirt sie in einer Weise, die wenig Anerkennung finden wird [19]).

Die erste Stelle sagt nichts weiter, als daß der Besitzer unter Umständen Selbsthilfe gebrauchen, eventuell gegen das int. quod vi aut clam eine Einrede: si non vi nec clam feceris vorschützen kann; sie ist in Verbindung mit l. 7 §. 3 h. t. zu erklären, und dabei sind die Worte nicht zu übersehn, quod non aliter procedere debet, nisi ex magna et satis necessaria causa. — l. 1 §. 18 D. 39, 1 bestätigt nicht, daß die prohibitio gegen den, welcher in suo handelt, nicht zulässig sei, sondern sagt, daß die Nuntiation nicht zulässig ist gegen einen Bau in mari vel litore, und zwar deshalb nicht, weil eine prohibitio juris publici causa nicht begründet erscheint, wo es sich um eine res nullius oder res omnium communis handelt, die Nuntiation aber juris nostri conservandi nur bei Bauten in loco privato Statt hat (l. unic. §. 3 D. 43, 25). — In l. 3 §. 4 D. 43, 17 ist das denuntiare nicht so gleichgiltig, wie Stölzel meint, man vergleiche nur l. 3 §. 3 eod.; der Sinn der Stelle ist, daß der Eigenthümer eine Besitzstörung nach Denuntiation an den Störer eigenmächtig beseitigen darf, und wenn er von ihm prohibirt wird, dagegen mit dem interdictum uti possidetis vorgehn kann. In l. 5 §. 10 D. 39, 1 soll nach Stölzel der Satz enthalten sein: gegen den, welcher in suo handelt, ist die op. n. nuntiatio nothwendig, weil er an die Prohibition sich nicht zu kehren hat. — Dies ist jedoch unrichtig. Der Grund liegt vielmehr darin, daß der in suo Handelnde durch das interd. uti possidetis die Prohibition unwirksam machen kann. Jedoch bis zur Entscheidung darüber muß er die Prohibition respektiren (jus suum tueri debet, non injuriam comminisci, l. 3 §. 2. 3 D. 43, 17); daher wird dem Nutz-

19) Windscheid, Pand. §. 465 nota 9 a. E.

Digitized by Google

nießer die Klage aus dem Interdikt nicht blos gegen den extraneus, sondern auch gegen den proprietarius gewährt, wenn sie Bäume umgehauen haben, die Objekt des Ususfruktus sind. Am Besten wird die Doktrin Stölzels dadurch widerlegt, daß das Interdikt zulässig ist, wenn ein Werk errichtet worden, in Folge dessen Regenwasser schädlich wird. Hier kann weder Besitz noch Innehabung in Betracht kommen; von einer Besitzergreifung kann nicht die Rede sein, und der Eigenthümer muß die Prohibition gegen ein Handeln in suo sich gefallen lassen. Das Interesse begreift hier eine Vermögensschädigung durch Verringerung des Fruchtgenusses [20]) oder Verschlechterung des Grundstücks.

Wenn nun Stölzel, um nicht mit klaren Aussprüchen der Juristen in Conflikt zu kommen, weiter behauptet, bez. behaupten muß, in suo (aedificare, facere u. s. w.) bedeute nicht in seinem Eigenthume, sondern in seinem Besitzthum, so bedarf diese Ansicht gegenüber l. 239 §. 9 D. 50, 16, l. 1 §. 11 D. 39, 3, l. 26 D. 39, 2, l. 1 §. 9 D. 9, 3, l. 5 §. 8—10 D. 39, 1 wohl kaum einer Widerlegung; eben so wenig wird man der Meinung beipflichten (S. 450), daß der Vermiether dem Miether zu fortdauernder Gewährung der übertragnen Besitzausübung verpflichtet sei. Die Beantwortung der Frage, wer handelt in suo, welche Stölzel S. 427 ꝛc. giebt, zeigt uns, was man Alles durch Interpretation zu Stande bringen kann; nicht blos der Miether wird zum Besitzer, sondern es verbindet sich auch mit dem Servitutenbesitze zuweilen der Eigenthumsbesitz, z. B. beim Haben eines protectum, und folglich handelt der Servitutberechtigte, der in alieno ein Stück protectum wegschneidet, in suo. Ich glaube freilich das nicht; ich meine, er schneidet weg, was sein (suum) ist, aber er thut dies in alieno, d. h.

20) l. 4 §. 2. 3. l. 5. l. 22 pr. D. 39, 3.

Digitized by Google

auf fremdem Eigenthum in fremdem Gebiete [21]). Ich meine ferner, wer eine prohibitio vornimmt, der bestreitet nicht dem Prohibirten den Besitz, sondern er stört ihn blos in der Ausübung, und der Ausspruch Ulpians: vim vi repellere Cassius scribit bezieht sich offenbar auf Gewaltthätigkeit, denn idque jus natura comparatur und arma armis repellere licet wird hinzugefügt [22]). Die Nichtbeachtung der prohibitio wird auch als vis bezeichnet; soll hier auch der Satz vim vi repellere licet gelten und der Prohibent das begonnene opus eigenmächtig zerstören können? Das wäre offenbar gegen die Tendenz des Interdikts und eine Schraube ohne Ende.

§. 90.

Das Interdikt quod vi findet nur Statt bei einem opus in solo factum [23]), d. h. es muß durch die Thätigkeit des Beklagten eine Veränderung oder Einwirkung auf das Grundstück selbst (solum oder aedificium) oder auf einen Bestandtheil desselben erfolgt sein. Es erstreckt sich weiter, als die novi operis nuntiatio, welche nur bei Bauten und Bauwerken Platz greift; es begreift auch in sich: Graben, Pflügen, Steine auf das Grundstück werfen, Erde auf demselben aufhäufen, Dünger auffahren, Brunnen verunreinigen, Bäume und Pflanzen abschneiden, Pflanzen über die Grenze ziehn, Zweige abhauen, Ziegel vom Dache nehmen, Statuen wegnehmen von einem Gebäude, Anheften von Tafeln u. dgl. an ein solches [24]).

21) l. 29 §. 1 D. 9, 2 (protexit in suo = fecit in suo und immisit in alienum.

22) l. 1 §. 27 D. 43, 16. Man denke weiter an die vis in l. 13 D. 4, 2. Vis ist ein vieldeutiger Begriff. In c. 1 C. unde vi bedeutet vis illata unzweifelhaft auch Gewaltthätigkeit.

23) l. 7 §. 5 h. t. Hesse, Einspr. S. 12. Windscheid a. a. O. nota 2. Texteskritik der l. 1 pr. h. t. bei Stölzel S. 355 ff.

24) l. 7 §. 8. l. 9 §. 3. l. 22 §. 1. l. 15 §. 1. 2. l. 7 §. 6. l. 11 pr.

Digitized by Google

— Dagegen findet das Interd. nicht Statt bei Wegnahme von Schlöſſern, Schlüſſeln, Gittern, Fenſterſcheiben, wegen Gehens über ein Grundſtück, Wegnahme oder Beſchädigung von Früchten, Zerſtreuen oder Anzünden eines auf dem Grundſtück liegenden Haufens, überhaupt nicht quod fit in navi vel alia re mobili[25]).

§. 91.

Die Klage aus dem Interdikt ſteht Jedem zu, dem ein rechtliches Intereſſe durch das opus verletzt wird[26]), non solum domino praedii, sed etiam his, quorum interest opus factum non esse, und competit hoc interd. etiam his, qui non possident, si modo eorum interest[27]). Ein ſolches Intereſſe können haben: der Eigenthümer und Jeder, dem ein jus in re zuſteht[28]), aber auch jeder Andere, welchem durch irgend einen Rechtstitel der Gebrauch oder die Benutzung des Grundſtücks oder eines Beſtandtheils, überhaupt oder in beſtimmtem Maaße, eingeräumt worden iſt, alſo der Pachter, der Miether, der precario possidens, derjenige, dem durch Vertrag oder aus Gunſt geſtattet worden iſt, Bäume zu ſchlagen, Steine zu brechen[29]). Dem Käufer ſteht demnach vor der Uebergabe des Kaufobjekts, wenn ihm nicht die Sache precario überlaſſen worden, die Klage nicht zu; er hat kein Intereſſe an dem opus, weil der Verkäufer diligentiam ihm zu präſtiren und nachtheilige Werke zu verhindern hat. Dagegen kann der filius familias die Klage erheben wegen eines verbo-

l. 7 §. 5. l. 9 pr. l. 11 §. 3. l. 13 §. 3. 4. 7. l. 22 pr. l. 7 §. 2. 9 (Gebäude betr.) h. t.

25) l. 9 §. 1. 3. l. 10. l. 7 §. 5. l. 22 §. 3. l. 20 §. 4 h. t.

26) Seuffert, Arch. XXI 236. XXII 47. XIV 28. 236.

27) l. 11 §. 14. l. 16 pr. h. t.

28) l. 12. l. 13 pr. §. 3. 5. l. 22 pr. §. 2. 3 h. t.

29) l. 12. l. 13 pr. §. 1. 2. 3. 4. l. 16 §. 1. l. 19 h. t.

Digitized by Google

tenen Werkes, sei es, daß das Verbot von ihm oder von dem Vater ausging [30]).

Als rechtlich interessirt gilt ferner derjenige, dem das opus Schaden droht, so daß er die cautio damni infecti fordern kann, l. 3 §. 6 h. t., dem das jus sepulcri zusteht, oder dem ein Monument errichtet worden, l. 11 §. 1. 2 h. t. Auch bei Werken in loco publico wird das Interdikt gestattet, l. 5 §. 4. l. 7 §. 8. l. 20 §. 5 h. t.

Nun fragt sich, und diese Frage ist sehr bestritten, was in Bezug auf sein Interesse der Kläger anzuführen und zu beweisen hat. Da steht nun einerseits fest, daß der Klaggrund nach den Quellen nicht in dem Rechte des Prohibenten am Grundstücke liegt, sondern in der Nichtachtung des Verbots oder in der Heimlichkeit. Andererseits ist es unglaublich, daß die bloße Behauptung eines Interesse und des Verbots die Klage schon begründen könnte, wenigstens nach dem neueren Rechte. Es kann also nur ein Mittelweg der theoretisch richtige und praktisch zweckmäßige sein. Ein analoges Verhältniß kommt bei der actio ad exhibendum vor. Auch sie steht dem zu, cujus interest, und der judex soll summatim cognoscere, an ejus intersit, d. h. an justam et probabilem causam habeat actionis, propter quam exhiberi sibi desideret [31]); in unserm Falle würde das heißen, propter quam prohibitio facta est. Darauf führt auch l. 13 §. 2 h. t. hin, nach welcher ein heimlich Handeln gegen denjenigen nicht möglich ist, von welchem man weiß, daß er keine actio gegen uns habe, sowie die Analogie der op. novi nuntiatio, l. 7 §. 2 h. t. Auch hier kommt bei dem interd. demolitorium nur die Statthaftigkeit der Nuntiation, nicht aber das jus prohibendi resp. aedificandi in Betracht, l. 20 §. 3 D. 39, 1. — Es muß also der Kläger anführen und beweisen,

30) l. 13 §. 1. 2 h. t. Hesse, Einspr. S. 28.

31) l. 3 §. 9. 11 D. 10, 4.

Digitized by Google

daß der Beklagte gegen Verbot und heimlich gehandelt, er muß darthun und bescheinigen, daß und in welchem Rechtsverhältniß er zum Grundstück steht, und muß anführen, in welcher Weise das opus ihn benachtheiligt, so daß der Richter daraus entnehmen kann, ob ihm wegen einer Rechtsverletzung eine Klage zustehn kann (in thesi)[32]. Wenn z. B. der Eigenthümer sein verpachtetes Grundstück mit Grenzsteinen versieht, so kann der Pachter nicht aus dem Interdikt klagen, weil ihm das Pflügen und Umwenden des Pflugs etwas erschwert werde[33]. Wenn aber der Eigenthümer am obern Ende des abschüssig gelegnen Grundstücks einen Graben zur Ableitung des Regenwassers zieht, so ist die Klage des Pachters begründet, wenn er sein Pachtverhältniß bescheinigt und sich darauf beruft, daß dem Grundstück die erforderliche Feuchtigkeit entzogen werde. Ob dies wirklich der Fall, das ist nicht bei unsrer Klage zu erörtern, sondern in der Hauptklage ex conducto[34]. (Vgl. weiter §. 93 unten).

§. 92.

Voraussetzung der Klage ist ein opus in solo vi factum, oder clam factum, oder vi et clam factum.

Es unterfällt dem Interdikte diejenige Veränderung an einem eigenen oder fremden oder an einem öffentlichen Grundstücke, welche **ohne Vorwissen und hinter dem Rücken desjenigen,** von welchem dabei Widerspruch erwartet werden durfte, vorgenommen worden ist. Der Unternehmer ist in der Regel verpflichtet, diesem

32) Bei dem filius fam. die Klage des Vaters, l. 13 §. 2 h. t.

33) Dasselbe ist der Fall, wenn der eine Nachbar durch Graben eines Brunnens dem andern die Wasseradern seines Brunnens abschneidet, l. 21 D. 39, 3. Letzterer kann nur klagen mit der Behauptung, daß ihm eine entgegenstehende Servitut eingeräumt sei, l. 15 pr. D. 8, 1.

34) Windscheid §. 465 nota 6a. Stölzel S. 390. Seuffert, Arch. XXXIII 30. XII 160.

Digitized by Google

zuvor Anzeige von seinem Vorhaben zu machen. „Clam facere videri Cassius scribit eum, qui celavit adversarium, neque ei denuntiavit, si modo timuit ejus controversiam aut debuit timere," l. 3 §. 7 D. h. t.[35]) Durch die Anzeige (denuntiatio) sollte dem bei der Neuerung interessirten Gegner Gelegenheit gegeben werden, sein Recht durch Einspruch zu wahren; sie muß deshalb bestimmt sein hinsichtlich Art, Zeit und Ort des opus. Auch darf er nach der Anzeige mit dem opus nicht zu lange warten, l. 22 §. 5 h. t.. und nicht hinterlistig dabei verfahren (— „vel tam sero denuntiat, ut obire prohibiturus, priusquam fiat, non possit" — „neque tam arctare adversarium, ut intra diem occurrere ad prohibendum non possit" — l. 5 pr. §. 1 D. h. t.). Wenn der Gegner in der Lage ist, das opus wahrzunehmen, wenn es, so zu sagen, unter seinen Augen geschieht, z. B. wenn er daneben wohnt, oder auf dem fraglichen Grundstücke zugegen ist u. s. w., erscheint die Anzeige des Unternehmers nicht nothwendig[36]), „nec quemquam clam possidere incipere, qui sciente aut volente eo, ad quem ea res pertinet, possessionem nanciscitur," l. 6 D. 41, 2 — „clamque facere nec ante remissionem nec postea existimandus est, quum is, qui opus novum nuntiat, non possit videri celatus et praeoccupatus ante, quam controversiam faceret," l. 7 §. 2 D. h. t. l. 19 D. 39, 3.

Es unterfällt ferner dem Interdikte jedes opus in solo, **quod vi factum**, d. h. welches der Unternehmer des Widerspruchs Seiten des dabei interessirten Gegners ungeachtet, unternommen oder fortgesetzt hat; „Vi

35) l. 4 h. t. Windscheid §. 465 not 4.
36) Seuffert, Arch. XXXIII 226.

Digitized by Google

factum videri Quintus Mucius scripsit [37]), si quis contra, quam prohiberetur, fecerit," l. 1 §. 5 h. t. Dieſe Verhinderung konnte thatſächlich, oder wörtlich, durch mündliches Verbot, oder ſymboliſch durch den jactus lapilli geſchehn; l. 1 §. 6. 7. l. 20 §. 1 h. t.: „Prohibitus autem intelligitur quolibet prohibentis actu, i. e. vel dicentis, se prohibere, vel manum opponentis, vel lapillum jactantis prohibendi causa." Die Bedeutung der Prohibition wird von Ulpian in l. 3 pr. h. t. alſo erklärt: prohibitio haec demonstrat, vim te facere;" die Prohibition iſt erlaubte Selbſthilfe, die Nichtbeachtung der Prohibition iſt unrechtmäßige Eigenmacht [38]). Dazu zählt auch die Verhinderung der Prohibition durch Drohung oder Gewalt [39]). Die denuntiatio iſt die Meldung oder Berühmung eines rechtlichen Anſpruchs auf das opus, die prohibitio enthält die Erklärung, daß man dieſen Anſpruch nicht anerkenne und deshalb dem opus widerſpreche.

Selbſtverſtändlich iſt das Interd. nicht ausgeſchloſſen, wenn nicht vi aut clam, ſondern vi et clam vom Gegner gehandelt worden iſt, l. 11 §. 5 h. t. c. 4 §. 1. l. 6, 38.

§. 93.

Durch die Prohibition wird alſo der Gegner genöthiget, entweder das Werk ganz aufzugeben, oder ſein Recht, es vorzunehmen (jus faciendi), im Rechtswege auszuführen. Dies kann er entweder durch Erhebung der Klage aus ſeinem Rechte

---

37) l. 73 §. 2 D. 50, 17.

38) Heſſe, Einſpruch S. 10 ff. Ueber Denuntiation S. 11, über Prohib. S. 13 ff. manum opponere iſt nicht thätlicher Widerſtand, ib. S. 15.

39) l. 1 §. 11. l. 2. l. 20 pr. h. t. Das Abſtehn von der Proh. aus Furchtſamkeit oder Rückſichtnahme gehört nicht hierher, l. 1 §. 10 h. t.

Digitized by Google

(Eigenthum oder ein anderes jus in re, oder Kauf, Pacht, Miethe u. ſ. w.), oder er kann auch, wenn die Handlung, an welcher er verhindert wird, nach ſeinem Rechtsverhältniſſe zum Grundſtück, als ein Beſitzakt aufgefaßt werden kann, durch Anſtellung des possessorium die Sache zum gerichtlichen Austrag bringen, z. B. mittelſt des interdictum uti possidetis, l. 3 §. 2 D. 43, 17: „Hoc interdictum sufficit ei, qui aedificare in suo prohibetur; etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione[40]) — l. 3 §. 4 ib.: „etenim qui colere fundum prohibetur, possidere prohibetur, inquit Pomponius“ — ferner mit dem interd. de itinere reficiendo, l. 3 §. 11 ff. D. 43, 19 oder mit den Interdikten de rivis, de fonte reficiendo, de cloacis, tit. D. 43, 21—23.

Als eine Störung im Beſitz kann aber der Einſpruch des Nichtbeſitzers (prohibitio) nur dann betrachtet werden, wenn der Beſitzer gegenüber dem Prohibenten zu dieſer Handlung wirklich berechtigt iſt[41]). Iſt dies nicht der Fall nach dem Rechtsverhältniſſe, in welchem der Prohibent zu dem Grundſtücke ſteht, und iſt dies bei Verhandlung der Beſitzfrage ſchon klar, ſo hat der Prätor jedenfalls den Schutz aus den poſſeſſoriſchen Interdikten verſagt, eventuell einen Vorbehalt der Formel inſerirt[42]). Wenn z. B. der Nachbar Einſpruch erhoben hatte gegen eine Anlage, welche ihm das Regenwaſſer in ſchädlicher Weiſe zugewieſen haben würde, ſo konnte der Unternehmer der Anlage dies nicht als eine Beſitzſtörung geltend machen, oder mußte die Abweiſung im Poſſeſſorium gewärtigen. Dies ergiebt ſich da-

40) l. 52 §. 1 D. 41, 2.

41) A. M. Bangerow §. 677 Anm. III S. 564.

42) l. 3 §. 7 D. 43, 17 — „dominus autem soli tam adversus alium, quam adversus superficiarium potior erit in interdicto uti possidetis, sed Praetor superficiarium tuebitur secundum legem locationis.“

Digitized by Google

raus, daß das interd. quod vi aut clam durchweg als Ergänzung der aquae pl. arc. actio behandelt wird. Wenn der Eigenthümer vom Usufruktuar verhindert wird, Bäume zu schlagen oder Grundstücke zu ackern, an denen dem Letzteren der Niesbrauch zusteht, und die Rechtsverhältnisse unbezweifelt vorliegen, so hat der Eigenthümer ebenfalls keine Aussicht auf Erfolg, wenn er das int. uti possidetis anstellen wollte, l. 13 pr. D. h. t.[43]) Dasselbe wird der Fall sein mit dem socius, wenn er ohne Zustimmung der Miteigenthümer handelt und von diesen Einspruch erfährt, l. 12 §. 3 h. t. l. 12. l. 28 D. 10, 3[44]).

Außerdem konnte der Prohibirte dem Verbote begegnen durch Cautionsleistung. Si quis paratus sit se judicio defendere adversus eos, qui interdicendum putant, ne opus fiat, an videatur desinere vi facere? Et magis est, ut desinat, si modo satis offerat et defendere paratus est, si quis agat (l. 3 §. 5 h. t.)[45]). Es scheint diese Sicherheitsleistung eine verfrühete cautio judicio sisti, eine Conventionalcaution (l. 4 §. 5 D. 2, 11) zu sein, ein vadimonium cum satisdatione[46]). Darnach würde von Eigenmacht nicht mehr die Rede sein können, sobald der Unternehmer bereit ist, im Rechtswege sein Recht zu vertheidigen (jus suum tueri) und wegen seiner Stellung vor Gericht Sicherheit leistet. Sie hat im neueren Rechte ihre Bedeutung verloren, darum wird sie wohl im tit. D. quod vi nur ein einzig Mal, und sonst nirgends weiter erwähnt[47]). Wenn Stölzel daraus, daß nur

43) l. 52 pr. D. 41, 2.

44) Es wird erörtert werden, ob die Handlung (reficere, demolire, immittere) nothwendig oder nützlich und rechtlich zulässig ist, l. 12 D. 10, 3.

45) Kann auch l. 155 §. 1 D. 50, 17: non videtur vim facere, qui jure suo utitur et ordinaria actione experitur, hierher bezogen werden? cfr. l. 13 D. 4, 2.

46) Gajus IV 184. 185.

47) Stölzel S. 459 ff. Hesse, Einspr. S. 17.

Digitized by Google

die caut. judicio sisti und nicht daneben die caut. judicatum solvi erfordert wird, den Schluß zieht, daß das Interdikt nur gegen den Nichtbesitzer wirke (S. 463), so geht er fehl; der richtige Schluß lautet: weil hier blos das Vermögens-Interesse und nicht der Besitz in Frage kommt, konnte nur eine cautio jud. sisti beliebt werden. Die satisdatio judicatum solvi kommt nur bei dinglichen Klagen vor[48]).

§. 94.

In dem vi aut clam facere liegt ein Delikt (l. 2. l. 3 pr. l. 11 §. 7 h. t.), das Interdikt[49]) ist eine Deliktsklage, aber die unpersönliche Fassung: quod vi aut clam factum est, restituas, geht darüber hinaus wegen des im restituere liegenden Zweckes und Inhalts. Kläger ist also Derjenige, dessen Interesse durch das Werk verletzt worden ist; dies können Mehrere sein, wenn durch dasselbe opus verschiedene Interessen verletzt worden sind[50]). Das Interdikt geht auf die Erben über[51]); doch kann ein Anspruch nur erworben und folglich vererbt werden, wenn das opus vor dem Tode des Prohibenten fortgesetzt worden ist. Dasselbe gilt auch, wenn es hereditate jacente ausgeführt worden, und kann es hier erwachsen wegen Heimlichkeit oder durch das Verbot eines Sclaven ꝛc.[52]).

Die Klage dauert fort, auch wenn der Prohibent das Grund-

48) Keller, röm. Civilproz. §. 56. Rudorff, Rechtsgesch. II §. 73. Ausnahmsweise wohl auch bei persönl. Klagen; eine solche Ausnahme liegt aber hier nicht vor, Gaj. IV 102.

49) Schmidt, das Interdiktenverfahren S. 38 u. 166. Hesse, Einspr. S. 35 ff. Bangerow §. 677 Anm. II. l. 102 D. 50, 17.

50) l. 12. l. 16 §. 1 h. t.

51) Schmidt a. a. O. S. 139. A. M. Savigny, System II S. 127. Dieser sieht als Grund der Klage die Verletzung der persönlichen Würde durch Nichtachtung des Verbots an (vindicatam spirans actio); siehe dagegen §. 91 oben.

52) l. 13 §. 5 h. t.

Digitized by Google

stück post opus factum veräußert hat; die Klage ist eine Ersatzklage (Interesse)[53]. Anders bei der operis novi nuntiatio, bei welcher das jus prohibendi an den Besitz des Grundstücks geknüpft ist[54].

Beklagter ist zunächst der Urheber der Veränderung (Delinquent); er haftet aber auch für die Handlungen der Seinigen (der familia), wenn sie das Werk für ihn oder auf seinen Befehl oder mit seiner Genehmigung gemacht haben. Hat das opus ein Fremder ausgeführt, so haftet dieser, daneben auch der, welcher es angeordnet oder genehmigt hat. Die Klage geht gegen den Vertretenen (Mündel ꝛc.), wenn der Vertreter delinquirt hat, ausgenommen, wenn dieser dolos gehandelt hat, welchenfalls gegen ihn eine actio utilis gegeben ist[55]. Die Erben des Unternehmers haften (weil Deliktsklage) nur für das, quod ad eos pervenit, soweit sie durch die Eigenmacht bereichert sind, wegen ihres eignen opus nur, wenn sie das an den Erblasser erlassene Verbot kannten (clam), oder wenn gegen sie selbst Einspruch erfolgt ist[56]. Ist der Urheber des opus nicht mehr Besitzer des Grundstücks, so kann gegen den Letzteren die Klage erhoben werden auf patientiam praestare[57]; er muß gestatten, daß Kläger auf seine Kosten den vorigen Zustand wieder herstellt (restituat); gegen den Urheber bleibt die Klage auf Ersatz der Kosten und sonstigen Schadens. Wo ein Besitz des opus nicht denkbar (z. B. l. 15 §. 1 h. t. wenn Steine auf ein

53) l. 11 §. 8 h. t.

54) Jahrb. f. Dogm. VIII S. 48. l. 6 §. 4 D. 39, 3.

55) l. 3 pr. l. 5 §. 9. 11. 12. 14. l. 11 §. 7. l. 13 §. 6. Schmidt a. a. O. S. 160 ff. Das Interd. als noxale, l. 7 §. 1. l. 14 D. h. t. Schmidt S. 176. l. 6. l. 13 §. 7. — l. 5 §. 12. l. 11 §. 6 h. t.

56) l. 5 §. 9. 13. l. 15 §. 3. l. 20 §. 3 h. t. vgl. mit l. 20 §. 8 D. 39, 1. Schmidt S. 165 ff.

57) Vgl. §. 41 oben.

Digitized by Google

Grundstück geworfen werden) ist die Klage stets gegen den Urheber zu richten [58]).

Von mehreren Urhebern, die das opus gemeinschaftlich beschlossen und ausgeführt haben, haftet jeder in solidum; hat aber der Einzelne aus eignem Antrieb und auf eigne Hand an dem Werke mit Theil genommen, so muß gegen Alle auf Restitution im Ganzen geklagt werden. Eine theilweise Herstellung ist meistens nicht möglich, und wer kann wissen, wie viel der Einzelne am opus gethan hat [59])?

Es ist nicht von einer Solidar-Obligation hier die Rede, sondern von einer restitutio in solidum, gegenüber einer restitutio pro parte, theils aus dem angegebnen Grunde (vgl. l. 2. 3 D. 9, 3), theils quia restitutio operis pro parte fieri non potest [60]). Deshalb wird in l. 15 §. 2 h. t. weiter gesagt: itaque alter conventus alterum non liberabit, quin immo perceptio ab altero. Die Verpflichtungen der verschiednen Thäter sind ganz selbstständige und haben nicht die mindeste Berührung mit einander, wie solche bei Solidarobligationen Platz greift [61]).

Das Interdikt wird, obschon auf Vergangnes in seiner Fassung gehend, als in praesens relatum bezeichnet. Das opus, die Veränderung muß zur Zeit der Klagerhebung noch vorhan-

---

58) l. 15 pr. l. 16 §. 2. l. 15 §. 1 h. t. Von einer Grenzsteinverrückung (Stölzel, Sintenis, Deutsches corp. jur.) ist hier nicht die Rede.

59) l. 15 §. 2 vgl. mit l. 13 §. 7 und l. 6 h. t.

60) l. 21 §. 5 D. 39, 1.

61) Vgl. über die l. 15 §. 2 Ribbentrop, Correalobl. S. 95 ff. Schmidt, Interdictenverf. S. 201 ff. Stölzel a. a. O. S. 405. Bekker, Aktionen I S. 178. Jhering, Jahrb. f. Dogm. B. 12 S. 403 ff. und l. 85 §. 2. l. 72 D. 45, 1. l. 80 §. 1 D. 35, 2. Windscheid, Pand. §. 299.

Digitized by Google

den sein[62]). Eine völlige restitutio seiten des Unternehmers ist aber erst nach Ersatz des Schadens vorhanden, und wenn der Verletzte die Herstellung selbst besorgt hat, nach Ersatz der Unkosten, Aufwände und sonstigen Schadens[63]).

§. 95.

Der Beklagte kann sich auf sein jus faciendi nicht berufen[64]); dagegen sind aber einige andere ihm zustehende Einreden[65]) in den Quellen erwähnt:

a) Die Einrede, daß der Kläger das Werk erlaubt, resp. in Betreff eines locus publicus, daß Beklagter Concession dazu erlangt habe[66]).

b) Die Einrede der Verjährung; die Klage muß binnen Jahresfrist nach Vollendung des Werks oder nach der Einstellung desselben (ex quo fieri desiit) angestellt werden. Eine Ausnahme wird im Wege kürzlicher Restitution (causa cognita) gestattet, („magna et justa ignorantia causa interveniente"); bei Abwesenheit in Staatsgeschäften wird das Jahr von der Rückkehr an berechnet (utiliter)[67]).

c) Die Einrede, quod non tu vi aut clam feceris, und si non vi, nec clam nec precario feceris. Die letztere steht nur dem Besitzer zu, der eine unerlaubte Besitzstörung beseitigt hat, die erstere auch dem Nichtbesitzer, aber nur „ex magna et satis necessaria causa; alioquin haec omnia officio judicis celebrari oportet"[68]).

---

62) l. 15 §. 4 h. t. Auch die vis l. 20 §. 2 h. t. Schmidt a. a. O. S. 77.

63) l. 11 §. 4 h. t.

64) l. 1 §. 2. 3 h. t. Stölzel S. 414.

65) Vgl. Stölzel S. 406 ff.

66) l. 3 §. 2—4. l. 1 §. 9. l. 20 §. 2 h. t.

67) l. 15 §. 3—5 u. 6 h. t. Schmidt S. 102. 113.

68) l. 7 §. 3. l. 22 §. 2 h. t. Arch. f. civ. Prax. B. 48 S. 43 ff.

Digitized by Google

d) Die Einrede, quod incendii defendendi causa factum non sit; („si id magistratus fecisset, privato non idem concedendum“)[69]).

e) Die exceptio pacti s. conventionis[70]).

Die Verurtheilung des Beklagten muß verschieden ausfallen, je nachdem er Urheber, oder Erbe, Besitzer, ohne Urheber zu sein, ist. Sie lautet in der Regel auf Wiederherstellung des vorigen Zustands und Leistung vollen Schadenersatzes[71]). Unterläßt der Beklagte die Restitution, so erfolgt Seiten des Klägers die Schätzung seines Interesse durch das juramentum in litem. Hat der Kläger schon mittelst einer andern Klage Befriedigung erlangt, so ist der Beklagte freizusprechen, dagegen in den Ersatz des Aufwandes und Ersatz des Schadens zu verurtheilen, wenn Kläger selbst die Herstellung vollzogen hat[72]). Das Interesse hier beruht nicht allein in dem Verlust eines Vermögenstheils oder Gewinnes, sondern umfaßt auch die Entziehung einer Annehmlichkeit oder eines persönlichen Genusses (interesse propter voluptatem et gestationem), z. B. beim Niederschlagen eines Parks[73]). — Eine Verurtheilung kann nicht erfolgen, wenn durch das Werk melior causa facta sit agri und überhaupt nicht, wenn ein verletztes Interesse nicht erweislich ist[74]).

Durch Unterlassung des Einspruchs geht dem Interessirten am opus die Klage quod vi aut clam verloren, sobald er nur das Werk und seine Beschaffenheit gekannt hat; denn von Heimlichkeit kann dann nicht die Rede sein[75]), l. 3 §. 1 D.

69) l. 7 §. 4 h. t. Schmidt S. 100 ff.
70) l. 3 §. 3. l. 20 §. 2 h. t.
71) Ueber den Begriff des restituere siehe oben §. 40.
72) l. 15 §. 7—12. l. 16 §. 1 u. 2. l. 11 §. 4. l. 14 h. t.
73) l. 16 §. 1 h. t.
74) l. 7 §. 7. l. 9 §. 3. l. 18 pr. h. t.
75) Arg. l. 7 §. 2 h. t.

Digitized by Google

11, 8: si ab initio domino sciente hoc fecerit; l. 3 pr. cit.: sed facto opere nullam habebis actionem, nisi Quod vi aut clam ſetzt offenbar Unkenntniß des Baues voraus. So geht auch die Klage aquae pluv. arcendae verloren, si patiente vicino opus faciam[76]). Ebenſo iſt es mit der Forderung der cautio damni inf. vorbei, wenn man das ſchadendrohende Werk ohne Einſpruch hat vollenden laſſen, inſoweit es ſich um Schaden von der Anlage ſelbſt, nicht um Schaden aus dem Gebrauche oder Betriebe der Anlage handelt[77]). — Da, wo es wegen des Intereſſe keine actio giebt, iſt der Einſpruch das einzige Mittel ſich zu helfen, l. 12 D. 33, 2. Wo dagegen wegen Verletzung des Intereſſes aus dem konkreten Rechtsverhältniß eine Klage begründet iſt, wird dieſe durch Unterlaſſung des Einſpruchs nicht berührt[78]).

§. 96.

Die Bedeutung des Interdikts ergiebt ſich nicht aus dem allgemeinen oder gewöhnlichen Begriffe des vi aut clam, ſondern aus den Rechtsnormen hinſichtlich der denuntiatio und prohibitio, wie ſie aus der Volksſitte erwachſen ſind. Dieſe Privatakte (denuntiatio und prohibitio) bilden die Grundlage des Interdikts. Sie ſind jedoch in Deutſchland niemals allgemeine Rechtsſitte geweſen und haben auch mit der Aufnahme des römiſchen Rechts bei uns keinen Eingang gefunden. Wir glauben nicht, daß es einen Juriſten in Deutſchland giebt, der im Ernſte behaupten möchte, daß die römiſchen Vorſchriften über die denuntiatio l. 3 §. 7. l. 4. l. 5 pr. §. 1—5. l. 11 §. 11. l. 22 §. 5 D. h. t. bei uns Aufnahme und Anwendung ge-

76) l. 19 D. 39, 3, aber si non per errorem aut imperitiam deceptus est, l. 20 ib. Savigny, Syſt. III S. 252, 364.

77) l. 1 §. 5 D. 43, 15. l. 6 D. 39, 2.

78) Heſſe, Einſpr. S. 49 ff. Die Sätze b c S. 50 u. 51 möchte ich beſchränken, wie hier geſchehn.

Digitized by Google

funden haben. Die denuntiatio aber ist, wenn nicht der Ausgangspunkt für das ganze Rechtsmittel, so doch ein wesentlicher Bestandtheil.

Daß endlich ein Privatverbot (Einspruch, jactus lapilli) nach heutigem Rechte gar keine Wirkung habe, ist ausführlich und gründlich von Zimmermann im Archiv f. civ. Praxis B. 37 S. 219 ff. und Stölzel S. 356 ff. nachgewiesen worden. Darüber sind Karpzow[79]), Mevius[80]), Schilter[81]), Lauterbach[82]), Hagemann[83]) u. s. w. einverstanden, und Leyser sagt ganz richtig, daß sich derjenige, welcher sich jetzt des jactus lapilli bedienen wollte, nur lächerlich machen und nichts ausrichten würde[84]).

Es ist kaum denkbar, daß sich die Sache anders verhalten kann. Das Privatverbot würde in jedem Falle zulässig sein, wo ein rechtliches Interesse verletzt erscheint. Dagegen lassen die deutschen Prozeßgesetzgebungen ein richterliches Verbot (unbedingt) nur zu auf Grund klarer Urkunden, oder im Falle einer großen Gefahr (Tumult u. dgl.), oder wenn ein unersetzlicher Schaden in Frage steht. Außerdem wird ein richterliches Verbot erst nach summarischem Gehör der Parteien gestattet. Solchen Vorschriften gegenüber ist es nicht denkbar, daß es ein wirksames Privatverbot gebe, welches in jedem Falle ohne Weiteres ausgesprochen werden kann.

Bei Gelegenheit der op. novi nuntiatio (§. 87 oben) ist schon der Grund entwickelt worden, weshalb Privatverbote die nach römischem Rechte ihnen gebührende Wirksamkeit bei uns

79) Respons. jur. Tom. I, 6, 6.

80) Decis. ad jus Lüb. II. t. 12 art. 15, 2.

81) Praxis jur. Rom. ad D. 39, 1 §. 19, 20, 28.

82) Coll. th. pr. lib. 39, I §. 5.

83) Landwirthschaftsrecht §. 428.

84) Medit. ad. Pand. Tom, VI sp. 426. Schmidt, Gießn. Zeitschr. N. F, I, 6. Sintenis, Civilr. B. II S. 750 nota 58.

Digitized by Google

nicht mehr haben können. Alle Privatakte, die irgend ein Element von Selbsthilfe oder Eigenmacht enthalten, sind bis auf wenige Ausnahmen ohnmächtig geworden und sind verfehmt als Eingriffe in die richterliche resp. obrigkeitliche Gewalt. Was die Praxis uns bietet, ist ein Gemisch von Konsequenzen dieser Anschauungen und von Anklängen an römisch-rechtliche Grundsätze; man hat deutsche Pfropfreiser auf einen specifisch-römischen Stamm gesetzt [84]).

Ueberdies verliert das Interd. quod vi seine Bedeutung durch die Bestimmungen der deutschen Civ.Pr.Ordn. in §. 814—822. Wenn hiernach Jemand ein Interesse daran, daß ein begonnenes Werk unterbleibe, glaubhaft macht (§. 266), so wird der Richter ein sofortiges Verbot des Werks erlassen können. Zuwiderhandlung gegen dieses Verbot begründet den Antrag auf Zwangsvollstreckung (§. 775) resp. eine Klage auf das Interesse (§. 778). Statt der operis novi nuntiatio dürfte dasselbe Verfahren künftig einzuschlagen sein, nur wird dann ein jus prohibendi glaubhaft zu machen sein [85]).

---

84) Für unvereinbar mit den Prinzipien des heutigen gerichtlichen Prozesses wird das Interdikt erklärt in der sächs. Zeitschrift Bd. 24 S. 252 (N. F.), Seuffert, Arch. VII, S. 45. Dagegen VIII, 51, 159. V, 68, 25.

85) Die Wirksamkeit eines außergerichtlichen Verbots scheint das Reichsgericht anzunehmen, Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen B. 1 S. 104.

Digitized by Google

VIII. Abſchnitt.

Rechtsverhältniſſe der Miteigenthümer unter einander.

§. 97.

Das Miteigenthum [1]) an einer gemeinſchaftlichen Sache iſt und bleibt ein einiges und einziges Eigenthum, aber in Folge der Beſtimmung der Sache für mehrere Eigenthümer umfaßt es keine Alleinherrſchaft, ſondern die Herrſchaft jedes Miteigenthümers iſt beſchränkt durch die Mitherrſchaft des andern, die Herrſchaft über die ganze Sache beruht auf dem Geſammtwillen aller Miteigenthümer. Dieſe Rückſichtnahme auf den Willen anderer gleichberechtigter Perſonen erzeugt perſönliche Verpflichtungen und Rechte, eine Art von Obligationsverhältniß. Es iſt dies jedoch nur in ſoweit der Fall, als durch die Alleinherrſchaft des Einen das gleiche Recht des Andern geſchmälert würde; es giebt deshalb im Miteigenthum auch ſelbſtſtändige Rechte und Dispoſitionen, welche

1) Dankwardt, nationalökon.-civiliſtiſche Studien, Leipzig 1862, S. 65 ff. — Ferner: Girtanner, Theorie des Miteigenthums in den Jahrbüchern für Dogmatik des Privatrechts, B. 3 S. 239 ff. — Geſterding, Lehre vom Eigenthum §. 9 u. ff. Böcking, Pandekten II §. 139 S. 35. Sintenis, Civilrecht, B. II §. 122. Weiske, Rechtslex. B. II S. 720. Holzſchuher, Civilr. II, 2 S. 837. Eck, Doppelſeit. Klage S. 90. Eiſelen im Arch. f. civ. Prax. B. 63 Hft. 1. Heſſe, Jahrb. f. Dogm. B. 3 S. 60 ff., Arch. f. pratt. Rswiſſ. B. 4 S. 113 N. F. Windſcheid, Pand. §. 142, 169[2]. Wächter, Arch. f. civ. Prax. B. 27, 7.

Digitized by Google

jeder Miteigenthümer einseitig und unabhängig von dem Willen der andern ausüben darf, er kann z. B. seinen Antheil an der Sache veräußern, auf Theilung der Gemeinschaft antragen ꝛc. Diese Sätze gründen sich auf folgende Stellen:

l. 28 §. 10 D. 10, 3 (Papinian): Sabinus in re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestum est prohibendi jus esse; in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat. —

l. 11 D. 8, 5 (Marcellus): Et magis dici potest, prohibendi potius, quam faciendi esse jus socio, quia magis ille qui facere conatur, ut dixi, quodammodo sibi alienum quoque jus praeripit, si quasi solus dominus ad suum arbitrium uti jure communi velit.

l. 27 §. 1 D. 8, 2: quia invito socio in jure (re) communi non habeas jus aedificandi.

l. 8 D. eod.: Parietem, qui naturali ratione communis est, alterutri vicinorum demoliendi eum et reficiendi jus non est, quia non solus dominus est.

l. 26 D. eod.: Sed per communi dividundo actionem consequitur socius, quominus opus fiat aut ut id opus, quod fecit, tollat, si modo toti societati prodest opus tolli.

l. 12 D. 10, 3: Si aedes communes sint, aut paries communis, et eum reficere vel demoliri vel in eum immittere quid opus sit, comm. divid. judicio erit agendum, aut interdicto uti possidetis experimur.

c. 3 C. 4, 52: Falso tibi persuasum est, communis praedii portionem pro indiviso, antequam comm. divid. judicium dictetur, tantum socio, non etiam extraneo posse distrahi. Cfr. c. 4 eod.

c. 1 C. 8, 21: Frater tuus, sicut vobis invitis por-

Digitized by Google

tionem vobis competentem obligare non potuit, ita suam dando obligationem creditori quaesivit.

In dieſen Stellen ſind folgende Grundſätze enthalten: Das Miteigenthum erzeugt nothwendig ein gemeinſames und zugleich ein Sonder-Intereſſe. So weit letzteres nicht verletzt werden kann, iſt jedem Theilhaber freie Verfügung in Betreff ſeines Antheils verſtattet (Veräußerung, Verpfändung). Soweit das gemeinſame Intereſſe oder das Sonderintereſſe der Andern durch einſeitige Verfügungen verletzt werden kann, ſind dieſe unerlaubt. Der andere Theilhaber kann ſie verbieten und verhindern. Thut er dies nicht, ſo kann er eventuell nur Schadenserſatz fordern; Wiederherſtellung des vorigen Zuſtands nur, wenn ſie das gemeinſame Intereſſe durchaus erfordert. Das Verhinderungsrecht iſt kein dingliches, ſondern ein perſönliches; es erwächſt aus dem Obligationsverhältniſſe unter den Miteigenthümern, welchem Rechte und Pflichten entſprechen, die mit der actio communi dividundo oder dem Interdikt uti possidetis vor dem Richter zum Austrag zu bringen ſind, ſobald Differenzen entſtehn[2]). Ein Majoriſiren giebt es unter Miteigenthümern nicht[3]).

Im Fall eines Verbots und wenn die socii ſich nicht einigen können, muß über Veränderungen an der gemeinſchaftlichen Sache gerichtliche Entſcheidung eingeholt werden. Geſteht nun z. B. der beklagte Miteigenthümer die Nothwendigkeit der Repa-

2) Arch. f. prakt. Rsw. N. F. IV, 129 ff.

3) O.A.G. Dresden, Sächſ. Zeitſchr. N. F. B. 44 S. 364. — Neben dem Miteigenthum exiſtirt auch ein Mitbeſitz, Beſitz an der ganzen Sache, aber mit dem animus, nur einen Antheil zu haben. Es finden daher die Beſitzklagen zwiſchen Miteigenthümern ſtatt, z. B. interd. uti possidetis, wenn einer die ganze Sache beſitzen oder allein über dieſelbe verfügen will über Gebrauch, Nutzung u. dgl. Siehe meinen Aufſatz im Arch. f. prakt. Rechtsw. N. F. IV S. 122 ff. Ueber die vindicatio wegen Miteigenthumsanſpruchs, ebend. Bd. II S. 324.

Digitized by Google

ratur zu oder ergiebt sie sich sofort durch den Augenschein, dann wird von dem Richter die Nothwendigkeit der Reparatur ausgesprochen und der Beklagte dazu verurtheilt. Zögert er dessen ungeachtet noch, so tritt nicht, wie bei der servitus oneris ferendi eine Verurtheilung des Beklagten ein, quanti actor in litem juraverit, sondern es kann der Kläger den Bau allein besorgen und hatte dann einen Rückanspruch gegen den Beklagten. Dies ist wohl der Sinn, wenn Paulus sent. rec. lib. 5 tit. 10 §. 2 sagt: „de communi pariete utilitatis causa hoc coeperit observari, ut aedificet quidem, cui aedificare interest, cogatur vero socius portionis suae impensas agnoscere". Denn die Ueberschrift: „de contrahenda auctoritate" bezeichnet die Fälle, in welchen der Eigenthümer rechtlich gezwungen werden kann, seine Sachen vor Gericht zu vertreten, namentlich in Ansehung des Schadens, welcher Andern durch unterlassene Reparatur entsteht, und es sind die cautio damni infecti und die obige Vorschrift hier subsumirt — (als Ausnahme von der Regel, daß der Eigenthümer nach Willkür mit seinen Sachen gebahren kann). Denselben Sinn haben die Worte: „Socius, qui cessantis cessantiumve portiones insulae restituerit, in l. 52 §. 10 D. 17, 2, sowie die Stelle: „et circa refectionem earum cessare videaris in l. 32 D. 39, 2. Cessare bedeutet hier nicht etwa ein nachlässiges Zögern überhaupt, sondern ein widerrechtliches (gleich der mora bei Erfüllung einer Obligation, Pflichtwidrigkeit bei Verwaltung einer Vormundschaft ꝛc.). Dies ergiebt sich aus der Anwendung dieses Worts in l. 38 pr. D. 4, 4. l. 38 §. 1 D. 17, 1. l. 72 §. 1 D. 46, 3. l. 5 §. 5 D. 37, 10. l. 60 §. 3 D. 23, 2 ꝛc. Der Socius zögert widerrechtlich circa refectionem, nicht wenn er vom andern Genossen dazu aufgefordert worden ist, denn er kann ja gegründete Einwendungen haben, sondern dann, wenn von der Polizei oder vom Richter die Nothwendigkeit der Repa-

Digitized by Google

ratur ausgesprochen worden ist. — Läßt der Eine den Andern wissentlich repariren und bauen, ohne ihn zu prohibiren, so liegt darin eine Genehmigung der Reparatur; dann aber kommen nicht die obigen Bestimmungen in Anwendung, sondern es ist der Fall nach c. 2 C. 4, 37 zu behandeln.

Eine richterliche Entscheidung kann nun sich nöthig machen über folgende drei Punkte:

1) Es ist Streit unter den Miteigenthümern über die Nothwendigkeit und den Umfang der Reparatur, indem der Eine bloße Ausbesserung für genügend hält, der Andere aber einen Neubau (demoliri et reficere) für nothwendig erachtet. Kann diese Differenz nicht sofort durch Augenscheinseinnahme [4]) erledigt werden, so erlaubt der Richter dem Letzteren die Niederreißung und Wiederherstellung der gemeinschaftlichen Wand, er legt ihm aber auf, dem Andern die cautio damni infecti zu leisten [5]). Stellt sich nun bei Niederlegung der Wand heraus, daß sie nicht mehr tauglich war, die darauf ruhende Last der Gebäude zu tragen, vielmehr so baufällig, daß ein bloßes Ausbessern nicht genügte, so kann der Gegner wegen des Schadens, welchen er etwa in Folge des Baues gehabt hat, keinen Anspruch erheben, er muß vielmehr zu den Kosten des Baues seinen Antheil beitragen. Der die Wand gebaut hat, haftet aus der Caution nur insofern, als er etwa mit zu großem Aufwande oder mangelhaft gebaut hat. Wird hingegen die Wand noch als tauglich befunden und hätte ein bloßes Ausbessern genügt, so hat Derjenige, welcher deren Wegnahme widersprochen hat [6]), zur Herstellung der Wand nichts beizutragen, und es haftet der Bauende ihm

4) Arg. l. 8 § 1 D. 10, 1. l. 4 pr. D. 39, 2.

5) l. 4 D. 33, 3. „Itaque de ea re arbiter communi dividundo sumendus est". l. 19 §. 4 D. 19, 2.

6) l. 8 §. 3 D. 3, 5 — ita tamen, ut is, qui prohibuit, ex nulla parte, neque per socium, neque per se ipsum aliquid damni sentiat.

Digitized by Google

aus der Caution für allen Schaden, den er in Folge des Baues gehabt hat, selbst für den verlorenen Gewinn, z. B. für die Einbuße an Miethzins.

Dies ist der Inhalt der l. 35 und 37 D. h. t.: „In parietis communis demolitione ea quaeri oportet, satis aptus fuerit oneribus ferendis, an non fuerit aptus?“ —

„Nam si non sit idoneus, utique demoliri eum oportuit; nec debet, si quid damni ex hac causa contigit, is qui demolitus est, teneri, nisi sumtuose aut parum bonus novus paries sit restitutus. Quodsi fuerit idoneus paries, qui demolitus est, in actionem d. inf. venit id, quanti interfuit actoris, eum parietem stare. — l. 36 eod.: sed ita idoneum esse plerique dixerunt, si utrarumque aedium onera, quae modo jure imponantur, communis paries sustinere possit.

2) Die Parteien sind über die Nothwendigkeit des Baues oder der Reparatur einverstanden, aber nicht über die Art und Weise des Baues oder der Wiederherstellung. Hier pflegte der judex der Partei, welche ihm die zweckmäßigste Art zu behaupten schien, gegen Leistung der cautio d. inf. die Ausführung zu überlassen, l 41 D. 39, 2. Die Worte: ei potius facultas aedificandi praestatur und si inter plures quaeratur weisen offenbar auf eine richterliche Erörterung und Entscheidung hin [7]).

3) Die Parteien sind uneinig über den Zeitpunkt des Baues oder der Reparatur; auch darüber hat der Richter zu entscheiden und die Dringlichkeit des Baues und das Interesse der Betheiligten ins Auge zu fassen. Die sofortige Niederlegung einer gemeinschaftlichen Wand oder Mauer kann das Interesse

---

7) Gellius, noct. XIV, 1: negotium, quod forte ei de communi pariete cum vicino apud judicem est. —

Digitized by Google

des einen oder andern Anliegers wesentlich verletzen, z. B. wenn er noch unreifes Spalierobst an der gemeinschaftlichen Mauer hängen hat oder ein Zimmer neben der gemeinschaftlichen Wand hat, in welchem kranke Familienglieder liegen ꝛc.[8]). Auch der Aufwand kann hier in Frage kommen, weil Löhne und Material nicht zu jeder Zeit gleichviel kosten.

Eine lebhaft ventilirte Frage ist die, was bei Miteigenthum eigentlich getheilt sei (servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus, utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore, l. 5 pr. D. 45, 3). Diese Frage ist nach m. A. mehr speculativ und gekünstelt neuerdings behandelt worden, als mit gehöriger Würdigung des wirklichen Sachverhalts und des praktischen Bedürfnisses. Ungetheilt ist das Eigenthumsrecht; seinem Begriffe nach kann es nur ein Eigenthum an einer Sache geben, aber die Ausübung des einen Rechts kann an den Willen Mehrerer gebunden sein. Ungetheilt ist die Sache; mit der Theilung verschwindet das condominium oder die communio. Getheilt (intellectu) ist der Werth der Sache; der Antheil am Werthe vermehrt das Vermögen des Theilhabers, er geht auf seine Erben über, er kann veräußert und verpfändet und muß versteuert werden u. s. w. — Getheilt ferner ist der Eigenthumsanspruch auf die Nutzung (Rente, Zinsen u. dgl.), und auf den Gebrauch der Sache (bei Wegen u. dgl.). Auch dieser Nutzen und Gebrauch vermehrt das Vermögen des Theilhabers. Wenn man behauptet hat, die partes indivisae erhielten ihre Bedeutung und Bestimmung nur in Beziehung auf die künftige reale Theilung der gemeinschaftlichen Sache[9]), so darf man das wohl als eine ziemlich ungesunde und durchaus unpraktische Auffassung bezeichnen, die für die Rechtsübung gar

8) Arch. f. prakt. Rsw. N. F. IV S. 133 ff.

9) Eisele, Arch. f. civ. Prax. B. 63 Hft. 1.

Digitized by Google

keinen Werth haben kann. Zu eng ist auch die Ansicht von Windscheid (Pand. §. 142 §. 169a), durch den intellektuellen Antheil werde blos der Maßstab bezeichnet, nach welchem dem Berechtigten der wirthschaftliche Nutzen der Sache gebührt. Der Antheil an einem Braunkohlenlager, das erst künftig abgebaut werden soll, besteht offenbar nur in dem antheiligen Werthe des Grundstücks, welcher einen Theil des Vermögens des Berechtigten bildet [10]). Weiter denke man an einen gemeinschaftlichen Park, wo nur die amoenitas in Frage kommt.

Der Gesammtwille der Miteigenthümer ist in gewisser Beziehung getragen und resp. beschränkt durch die Bestimmung, welche die gemeinschaftliche Sache hat. Durch die Bestimmung der Sache werden Gebäude zu Wohnhäusern, Ställen, Scheuern u. dgl., Ländereien zu Feldern, Wiesen, Gärten, Wegen u. s. w. Die Bestimmung der Sache wirkt so mächtig, daß sie bisweilen die Klage auf Theilung des Objekts ausschließt, z. B. bei einem nothwendigen gemeinschaftlichen Wege, bei einem gemeinsamen vestibulum, l. 19 §. 1 D. 10, 3. Die Bestimmung der Sache regelt zunächst auch den Gebrauch und die Benutzung der gemeinschaftlichen Sache. Eine Aenderung in dieser Beziehung kann nur durch den einstimmigen Beschluß der Miteigenthümer herbeigeführt werden [11]); auch hier gilt der Ausspruch des Papinian: „in re pari potiorem causam esse prohibentis constat [12])."

In zweiter Stelle stehet der Grundsatz: Daß bei einer

10) Arch. f. prakt. Rsw. N. F. IV S. 119 ff.

11) Arch. f. prakt. Rsw. N. F. IV S. 131 ff.

12) l. 28 D. 10, 3. Die Beschlußfassung durch Stimmenmehrheit kommt nur bei Korporationen in beschränktem Maße vor. Savigny, System des röm. Rechts 2. B. §. 97—99. Daher der Ausspruch des Paulus: „Itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit." l. 26 D. 8, 2. Vangerow, Pand. B. 1 §. 54. Anm. Anders wurde erkannt Engau, decis. l. 385.

Digitized by Google

im Miteigenthum befindlichen Sache alle die Verwaltung und Benutzung betreffenden Maßregeln an die Einwilligung sämmtlicher Miteigenthümer gebunden sind[13]). Von diesem Satze werden verschiedene Ausnahmen gemacht. Manche gestatten ein eigenmächtiges Handeln dem Theilhaber, wenn es den andern Miteigenthümern nicht schädlich ist, z. B. Leyser, spec. 118 med. 4 u. 5; Göschen, Vorlesungen über gem. Civilrecht Thl. I S. 366 unter 3; Andere erlauben dies einseitige Vorgehen nur unter der Voraussetzung dringender Nothwendigkeit, z. B. Voet, comm. ad pand. VIII 2, 16. Gesterding a. a. O. S. 46. Die meisten beschränken aber solche Eigenmacht auf die Reparatur baufälliger Mauern und Häuser, welchenfalls sie auch zu diesem Zwecke ein einseitiges Niederreißen gemeinschaftlicher Mauern oder Häuser erlauben wollen. Hierher gehören Voet l. c., Böcking, Pand. a. a. O., Girtanner, im Archiv l. c. S. 270. Ruete, die Rechtsverhältnisse hinsichtlich gemeinschaftlicher Mauern, Bremen 1843, S. 7 ff. S. 31. Windscheid, Pand. §. 169a.

§. 98.

Aus den Rechtsquellen aber läßt sich nachweisen, daß alle diese Ausnahmen nicht begründet oder mindestens nicht richtig und scharf genug gefaßt sind. Das gleiche Recht aller Miteigenthümer und die Herrschaft des Gesammtwillens über die res communis, welche das eigenmächtige und einseitige Handeln des Einzelnen ausschließt, ist im Grundsatze ausgesprochen in l. 28 D. 10, 3. Eine spezielle Anwendung dieses Grundsatzes

13) Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1854 S. 461. Zeitschr. f. Rechtspfl. und Verw. in Sachsen N. F. B. XX S. 542. Gesterding, Lehre v. Eigenthum S. 44 ff. cap. 29 de reg. jur. in Sexto. Bangerow, l. c. Ackermann, Rechtssätze B. 8 S. 312.

Digitized by Google

lesen wir in l. 27 §. 1 D. 8, 2: „Si in area communi aedificare velis, socius prohibendi jus habet, quia invito socio in re communi non habeas jus aedificandi“ — und weiter in l. 8 D. ib.[14]).

Facere bedeutet in den zitirten Fragmenten jede Verfügung über die Substanz der gemeinschaftlichen Sache und deren Zubehör („aedificatio, demolitio, si quis messem faciat, arborem succidat, vineam putet“)[15]). Die Bedeutung des prohibere ist oben §. 92. 93 schon erörtert worden. Es ist der Einspruch gegen ein Unternehmen, welches unser, dem Gegner bekanntes, rechtliches Interesse an der Sache verletzt, und zerfällt in zwei Arten, das außergerichtliche Prohibiren und das gerichtliche. Erst die Nichtbeachtung der außergerichtlichen Prohibition giebt eine Klage[16]). Die gerichtliche prohibitio erfolgte per praetorem mittelst des Interdikts uti possidetis; unter Miteigenthümern konnte sie auch durch Erhebung der actio comm. divid. effektuirt werden, wie wir aus l. 3 §. 1. 2 D. 39, 1 ersehen. Daß der Miteigenthümer gegen eigenmächtige Verfügungen der andern Theilhaber über die res communis von der negatoria actio keinen Gebrauch machen kann, ist schon oben §. 77 nachgewiesen worden.

Zu Verfügungen über die Substanz der gemeinschaftlichen Sache wird also die Einwilligung aller Theilhaber in der Regel erfordert; eine Beschlußfassung durch Stimmenmehrheit bindet die Minorität nicht; potior est causa prohibentis. — Wer einseitig vorgehen will, hat nach römischem Rechte mindestens die andern Theilhaber von seinem Vorhaben zu benachrichtigen (denuntiare), sonst setzt er sich der Klage aus dem Interdikte quod vi aut clam aus. Die andern Ge-

14) Diese Stellen sind in §. 97 abgedruckt.

15) l. 1 §. 11. 12 D. 39, 1. l. 7 §. 5—10. l. 8. 9. 10. 11 D. 43, 23.

16) Vgl. oben §. 93.

Digitized by Google

noſſen können ein ſolches einſeitiges Handeln allezeit prohibiren, und wenn jener dadurch ſich nicht von ſeiner Eigenmacht abhalten läßt [17]), ihn mit dem interd. quod vi aut clam belangen. Die Folge davon iſt die Verurtheilung zur Wegnahme des opus factum und Herſtellung des vorigen Zuſtands [18]). Ganz daſſelbe wird erkannt, wenn nicht prohibirt war, aber das einſeitige opus absente socio ad laesionem ejus unternommen worden iſt [19]). Außerdem kann vom interd. uti possidetis oder von der actio comm. divid. Gebrauch gemacht werden. — Die comm. divid. actio bleibt auch, wenn die prohibitio, obſchon möglich, verſäumt wurde. Die Wegnahme des opus kann damit aber nur dann verlangt werden, wenn es die ganze Gemeinſchaft gefährdet, oder für die Zukunft immer neue Benachtheilung befürchten läßt, ſo daß gegenwärtig der Schaden deſſelben nicht beſtimmt werden kann. Ausgeſchloſſen wird die actio comm. div. durch die ausdrückliche Zuſtimmung zu dem opus des Anderen [20]).

§. 99.

Wir müſſen hier einſchalten, daß ein Vorſchreiten trotz des Einſpruchs des andern Theils nicht immer eine Klage aus dem interd. quod vi aut clam erzeugt. Die Klage gebührt dem, cujus interest, die Verletzung dieſes Intereſſe iſt die Vorausſetzung derſelben, und wo ein ſolches nicht verletzt erſcheint, fällt die Klage hinweg. Daher ſagt Ulpian in l. 7 §. 7 D. 43, 24: „Plane si quid agri colendi causa factum sit, interdictum locum non habet, si melior causa facta sit agri, quamvis prohibitus quis vi vel clam fecerit.“ Al-

17) l. 13 §. 8 D. 43, 24.
18) Vgl. §. 95 oben.
19) l. 28 D. 10, 3.
20) l. 26 D. 8, 2. Girtanner a. a. O. S. 254. 255.

Digitized by Google

lein mit dieſer Ausnahme wird das Handeln gegen die prohibitio noch nicht als etwas Erlaubtes hingeſtellt[21]); denn der Unternehmer verliert ſeinen Anſpruch auf antheilige Vergütung und Erſtattung des gemachten Aufwandes gegen den Prohibenten[22]). Auch iſt wohl zu erwägen, daß das si melior causa agri facta sit ſehr relativer Natur iſt, und dem Richter reſp. dem Sachverſtändigen etwas nachtheilig erſcheinen kann, was die Partei für nützlich erachtete, zumal hier nicht nur wirklicher Vermögensnachtheil, ſondern auch die Entziehung bloſer Annehmlichkeiten (amoenitas) in Rückſicht genommen werden ſoll[23]).

Man hat ferner behauptet, daß ein Widerſpruch (prohibitio) unbeachtlich ſei, wenn er geſetzwidrig oder boshaft in Bezug auf ein Geſchäft, das geſetzlich geboten ſei, erfolge[24]), oder nach Andern, wenn er in Anſehung eines Geſchäfts erfolge, an deſſen Beſorgung der Staat ein Intereſſe habe (si simul respicit utilitatem publicam)[25]). Man zählt hierher die Reparatur eines baufälligen Hauſes, das Begräbniß eines Verſtorbenen, den Aufwand für die Ausbildung eines Kindes, die Alimentation verwandter oder verarmter Perſonen, die Bezahlung von Steuern und andern öffentlichen Laſten und Abgaben, namentlich in Kriegs- und andern Drangſals-Zeiten. — Man kann jedoch dieſe Anſichten nicht als gemeinrechtlich begründet anerkennen. Zunächſt erwächſt ein Bedenken gegen ſie aus dem

---

21) Girtanner a. a. O. S. 270 will daraus die Befugniß zum reficere der res comm. ableiten.

22) l. 8 §. 3 D. 3, 5 c. 24. Cod. negot. gestor. Glück, Pandekten S. 338 ff. Sintenis, Civilr. B. 2 §. 122 nota 10.

23) l. 16 §. 1 D. 43, 24.

24) Glück, Pand. B. V S. 342.

25) Berger, oec. jur. III tit. 6 th. 1 nota 2. Oberapp.-Gericht Jena in Heimbachs Erörter. aus dem gem. u. ſächſ. Civilrecht B. 1 S. 55. Seuffert, Arch. B. III nota 51.

Digitized by Google

Umstande, daß sie in dieser Allgemeinheit weder in den Titeln de negotiis gestis, noch insbesondere in l. 8 §. 3 D. 3, 5 und in c. 24 Cod. 2, 19, worin von dem Widerspruche des Geschäftsherrn ausführlich gehandelt wird, erwähnt worden sind. Wenn man endlich deduzirt[26]: so wenig der Staat zugeben könne, daß Jemand sich der Leistung öffentlicher Lasten und Abgaben entziehe, eben so wenig dürfe er zugeben, daß ein Widerspruch des eigentlichen Verpflichteten einen Dritten anstatt desselben die Erfüllung zu besorgen hindere, so erscheint mir ein solches Argument weder logisch, noch juristisch, und dürfte zu sonderbaren Konsequenzen führen. Was aber dann die Reparatur baufälliger Häuser, Wände u. dgl. anlangt, so wird jene Theorie entschieden durch l. 10 §. 1 D. 3, 5 widerlegt[27]. Man zitirt dagegen die l. un. §. 3 D. 43, 10, worin dem Miethsmanne die Besserung der Straße vor dem Hause gegen den Willen des Hausherrn und der Abzug des Aufwandes am Miethzinse gestattet wird. Diese lex enthält jedoch eine straßenpolizeiliche Vorschrift, die in Deutschland nicht rezipirt ist, und keine analoge Ausdehnung zuläßt.

Andernseits ist dafür gesorgt, daß der Grundsatz potior est causa prohibentis nicht dahin führen kann, der Laune und dem bloßen Eigensinne des einen oder anderen Miteigenthümers Thor und Thüre zu öffnen, l. 12 D. 10, 3: „Si aedes communes sint, aut paries communis, et eum reficere vel demoliri vel in eum immittere aliquid opus sit, communi dividundo judicio erit agendum, aut interdicto uti possidetis experimur.“ Diese Stelle, die nicht immer

---

26) Das Oberapp.-Gericht Jena l. cit. nota 25.

27) Gegen Gefahr im Verzuge giebt es polizeiliche Hilfe, resp. auch richterliche auf Grund der Augenscheins-Einnahme.

Digitized by Google

richtig aufgefaßt und genügend gewürdigt worden ist[28]), bedeutet: Wenn sich bei gemeinschaftlichen Gebäuden oder Mauern nothwendig macht, daß sie reparirt oder von Grund aus neu erbaut werden, oder daß etwas in dieselben eingelegt resp. eingefügt werde, und eine Einigung der Betheiligten nicht stattfindet, so ist der Richter mit der actio comm. div. oder mit der Klage aus dem interd. uti possidetis anzugehen, und hat dieser über die Nothwendigkeit des Baues resp. über die Art der Ausführung zu entscheiden[29]). Das Interdikt uti possidetis ist am Platz, wenn der eine Theilhaber vom andern prohibirt worden ist[30]). In dieser Beziehung kann auch die comm. divid. actio nach zwei Richtungen hin (duplex est) erhoben werden, einmal um den Gegner an einer Disposition zu verhindern[31]), dann aber auch, um einen saumseligen Theilhaber zur Gestattung eines nothwendigen Werkes oder zur Theilnahme daran zu zwingen[32]).

§. 100.

Verschiedene Stellen scheinen zwar ein einseitiges Handeln des Miteigenthümers in so fern zu erlauben, als sie ohne Wei-

---

28) Richtig bei Struvius, syntag. jur. civ. exer. 15 lib. 10 tit. 3 §. 26.

29) Diese Bedeutung erhellt aus den Worten: „opus sit" und „erit agendum." Der weitere Verlauf des Verfahrens ist oben §. 97 geschildert worden.

30) l. 3 §. 2 D. 43, 17. Es kann aber auch zur Verhinderung einseitiger Unternehmungen gebraucht werden, l. 3 §. 1. 2 D. 39, 1.

31) So zeigt sie uns l. 3 §. 1. 2 D. 39, 1. Diese Stellen beweisen, daß sie auch durante communione statthaft ist.

32) So stellt sie l. 12 D. 10, 3 dar. Sintenis, Civilr., B. 2 §. 122 nota 23 gegen Unterholzner. Seuffert, Archiv B. 4 no. 38. Die act. comm. div. repräsentirt die persönliche, das interd. uti possidetis die reale Beziehung der communio.

Digitized by Google

teres den antheiligen Ersatz des damit verbunden gewesenen Aufwandes von Seiten der übrigen Miteigenthümer als Objekt der Theilungsklage bezeichnen[33]). Allein hier muß, soweit eine Disposition über die Substanz der Sache in Frage steht, allezeit vorausgesetzt werden, daß die übrigen Miteigenthümer zugestimmt, oder mindestens nicht prohibirt haben, oder daß der Handelnde richterliche Erlaubniß dazu im Rechtsstreite erlangt habe. Auf diese einfache und rationelle Weise lassen sich alle vorhandenen Stellen mit einander in vollen Einklang bringen, und es darf das Hineintragen dieser Voraussetzungen keineswegs befremden, weil es in andern Fällen auch geschehn muß; z. B. bei den Vorschriften über die negotiorum gestio wird stillschweigend vorausgesetzt, daß der negot. gestor nicht prohibirt worden sei, bei dem Interdikt quod vi (43, 24) wird in unzähligen Stellen denuntiatio und prohibitio stillschweigend vorausgesetzt. Dieselbe Erklärung findet auch Anwendung auf die Stellen, welche die Reparatur schadhafter Wohnhäuser betreffen[34]). Der welcher das gemeinschaftliche Gebäude allein reparirt, muß entweder gerichtliche Erlaubniß dazu haben, oder mindestens nicht prohibirt worden sein[35]). Sollte hier eine Ausnahme von der klar ausgesprochenen Regel gemacht werden[36]), so hätte dies offenbar ausdrücklich verordnet werden müssen.

Hinsichtlich der Reparatur oder der Neuherstellung gemein-

---

33) l. 4 §. 3. l. 5 D. 10, 3. l. 38 §. 1. l. 39. l. 43. l. 52 §. 10—12. D. 17, 2.

34) l. 52 §. 10 D. 17, 2 c. 4 Cod. 8, 10. Der hier angedrohte Verlust des Miteigenthums ist eine polizeiliche Strafe und deshalb heut antiquirt, vgl. §. 122 unten.

35) Arch. f. pract. Rsw. N. F. IV S. 141. Vgl. hierzu Gellius, noct. att. XIV, 1. Unrichtig faßt Windscheid die l. 12 D. 10, 3 auf §. 169a nota 4 no. 3.

36) In l. 12 D. 10, 3. l. 3 §. 1. 2 D. 39, 1.

Digitized by Google

ſchaftlicher Wände und Mauern gilt dieſelbe Regel, wie bei Häuſern. Die anſcheinend widerſprechenden Stellen l. 32, l. 35 —37. l. 41 D. 39, 2. l. 52 §. 12 D. 17, 2 und Paulus, sent. recept. lib. 5 tit. 10 §. 2 ſind in dieſer Richtung ſchon oben erklärt worden [37]). Die Vorausſetzung, daß der einſeitig Handelnde nicht prohibirt worden ſei oder richterliche Erlaubniß erhalten habe, hinein zu legen, rechtfertigt ſich aus der in andern Stellen enthaltenen Regel und der Analogie anderer Fälle; da jene Stellen nicht die Aufgabe hatten, dieſe Vorausſetzungen zu behandeln, ſondern Spezialitäten der cautio damni inf. und der actio pro socio zu entwickeln, ſo kann es nicht befremden, daß jene Vorausſetzungen gar nicht erwähnt werden. Nachdrücklich unterſtützt wird unſere Interpretation durch die l. 8 D. 8, 2: „parietem communem alterutri vicinorum demoliendi eum et reficiendi jus non est, quia non solus dominus est.“ Der hier beigefügte Grund wird in l. 11 D. 8, 5 genauer umſchrieben mit den Worten: „quia quodammodo sibi alienum quoque jus praeripit, si — quasi solus dominus — ad suum arbitrium uti re communi velit.“ Mit der Gloſſe nun die l. 8 cit. — wie Ruete, l. c. S. 9 thut [38]), dahin zu interpretiren, daß der Miteigenthümer nicht jure servitutis [39]) Demolition

37) Ruete, a. a. O. S. 7 führt noch an: l. 40 D. 8, 5, ſie enthält gar nichts Bezügliches, l. 4 §. 8. l. 5 D. 10, 3 beſprechen einen Fall, wo der Eine vor entſtandener communio reparirt hat, alſo eine Prohibition nicht möglich war, l. 12 D. ib. ſagt gerade das Gegentheil, was Ruete damit beweiſen will. Ueber das Irrationelle und Unpraktiſche der von Ruete vertheidigten Anſicht ſ. §. 97, 3.

38) Seite 8 ib. meint Ruete, die l. 8 widerſpreche nicht der Befugniß, einſeitig zu repariren, ſie widerſpreche nur dem Niederreißen und Wiederaufbauen. Auch dieſer Erklärung widerſpricht der hinzugefügte Grund: „quia non solus dominus est.“

39) Eine servitus par. comm. demoliendi et reficiendi widerſpricht dem Begriffe und Weſen der Servituten.

Digitized by Google

und Reparatur vornehmen dürfe, weil die lex im Titel de servitutibus steht, ist ein gewagter Versuch; denn dieser Titel enthält nicht blos Bestimmungen über Servituten, sondern auch Erörterungen über Rechtsmittel gegen unerlaubte Eigenthumseingriffe und über das Rechtsverhältniß der Miteigenthümer, l. 13. l. 19. l. 26. l. 27. Der angeführte Grund, quia non solus dominus est, schließt diese Interpretation um so gewisser aus, als in l. 26 ib. für den Satz „in re communi nemo dominorum jure servitutis facere quidquam potest" ausdrücklich ein anderer Grund, nämlich „nulli enim res sua servit" angeführt wird. Das einzige Eigenthümliche, was bei Reparaturen einer res communis vorkommt, und das Mißverständniß der fraglichen Fragmente veranlaßt zu haben scheint, ist das, daß der säumige Theilhaber (cessans) nicht in id quod interest verurtheilt, sondern dem Gegner gestattet wird zu repariren und Ersatz der Kosten zu fordern[40]). Daß in l. 8 D. 8, 2 eine nicht schadhafte Mauer zu verstehen sei (Windscheid), ist unglaublich wegen der Trivialität einer solchen Vorschrift und weil die Stelle keine Andeutung davon enthält[41]), dagegen sich darauf stützt, quia non solus dominus est.

Emmerich in der Zeitschrift f. Civilrecht u. Proz. N. F. B. 18 S. 123 findet in l. 12 D. 10, 3 und l. 35. 36. 37 D. 39, 2 die klare Befugniß, eine gemeinschaftliche Wand niederzureißen, ausgesprochen. Der par. comm. in l. 8 D. 8, 2 könne deshalb keine gewöhnliche Wand sein, sondern es müsse eine lebendige Wand von Sträuchen, eine Taxuswand u. dergl.

40) Nur in einem Falle kann das reficere ohne Zustimmung des socius gestattet sein, wenn es nämlich an der Seite des Andern ohne Demoliren geschieht, z. B. nur durch Einfügung ausgebröckelter Steine, Auscementiren von Rissen u. dgl., l. 13 §. 1 D. 8, 2.

41) Vgl. l. 45 §. 5 D. 9, 2: qui idoneum parietem sustulit etc. Die obige Ansicht ist v. Westphal, de servit. II 2 §. 59 aufgestellt worden.

Digitized by Google

(naturali ratione communis) darunter verstanden werden [42]). Dazu passe freilich nicht der Ausdruck reficiendi, allein mit einem einzigen Striche könne und müsse man ihn in refigiendi verwandeln. Diese Erklärung müsse man adoptiren, denn Unsinn wäre es, wenn die Reparatur einer gemeinschaftlichen Wand verboten sein sollte. — Wir führen diesen Interpretationsversuch nur seiner Sonderbarkeit wegen an, einer Widerlegung wird er nicht bedürfen.

Ueber den Ersatz der auf die gemeinschaftliche Sache verwendeten Kosten gelten folgende Grundsätze [43]):

a) wird in Folge eines Beschlusses der Miteigenthümer gebaut, so hat Jeder zu seinem Antheile beizutragen resp. zu ersetzen, l. 4 §. 3. l. 6 §. 2 D. 10, 3;

b) hat der Eine dem Andern Auftrag gegeben, so hat er diesem die Auslagen zu seinem Antheile zu ersetzen. Ueberschreitung des Mandats, dolus oder culpa bei Ausführung desselben geben dem Mandanten eine Einrede, l. 12 §. 9. l. 27 §. 4. l. 56 §. 4 D. 17, 1. Der Mandatar haftet strenger, als der socius, l. 72 D. 17, 2;

c) hat der Eine ohne Beschluß oder Auftrag reparirt, gebaut u. s. w., so steht ihm kein Ersatz zu, wenn er es animo donandi oder usurpandi partem alienam gethan hat, l. 22 D. 10, 3. c. 5 C. 8, 10. Hat er es aber gethan ea mente, ut sumtus pro portione aliena reciperet (c. 5 cit.), so kann er antheiligen Ersatz vom Andern fordern, wenn der Bau oder die Reparatur nothwendig war, mit der actio comm. dividundo, negotiorum gestorum oder pro socio, l. 14. l. 22. l. 19 §. 2 D. 10, 3. l. 34. l. 65 §. 13. l. 38 §. 1. l. 52 §. 12 D. 17, 2. l. 32 D. 39, 2.

42) In dieser Bedeutung kommt paries ein einziges Mal bei Plinius vor.

43) Ruete a. a. O. S. 61 ff.

Digitized by Google

Nur darf der Bauende nicht vom Andern prohibirt worden sein, l. 8 §. 3 D. 3, 5; auch erhält er, wenn er zu kostspielig gebaut hat, das Uebermaß nicht ersetzt, und wenn er die Sache nicht genügend und tüchtig hergestellt hat, kann er erst nach gehöriger Nachhilfe oder Cautionsleistung Ersatz verlangen, l. 35—37 D. 39, 2.

Hat der Eine ohne Auftrag des Andern bloße Verbesserungen an der gemeinschaftlichen Sache vorgenommen, so steht ihm ein Ersatz-Anspruch nur zu, in so weit er utiliter gessit, die Reparatur also oder das sonstige Unternehmen für den Andern ein wirkliches Interesse hatte, l. 10 D. 3, 5, und dieser nicht widersprochen hat, l. 8 §. 3 eod. —

§. 101.

Wir überblicken nunmehr das Verhältniß der Miteigenthümer noch einmal, indem wir die einzelnen im Eigenthum enthaltenen Rechte gesondert betrachten.

a) Das Recht der Veräußerung. Jeder Miteigenthümer kann seinen intellektuellen Antheil an der res communis veräußern, verpfänden[44]), derelinquiren[45]). Dasselbe gilt von seinem Antheile an dem Ertrage der res communis. Endlich darf jeder Theilhaber den Antrag auf Theilung der gemeinschaftlichen Sache stellen[46]). — Diese Verfügungen sind ein Ausfluß des Antheils am Werthe der Sache; sie sind zulässig, weil sie möglich, ohne daß das Recht der übrigen Miteigenthümer beeinträchtigt wird. Verträge können Modifikationen (auf

44) l. un. Cod. 8, 21. l. 1, 2 Cod. 4, 52. l. 6 §. 8, 9 D. 10, 3.

45) Der aufgegebene Antheil wächst den andern Theilhabern zu, Girtanner, l. c. S. 262. Windscheid, Pand. §. 169[2], 5. Ulp. I, 18.

46) l. 14 §. 2, 3. l. 29 §. 1 D. 10, 3. c. 5 Cod. 3, 37. Ueber das Verfahren und die Grundsätze bei der Theilung vgl. Sintenis, Holzschuher, Glück, l. c. Zimmermann im Archiv für civ. Praxis B. 34 S. 192 ff.

Digitized by Google

Zeit) herbeiführen, und die Bestimmung der Sache kann eine Theilung ausschließen.

b) Fruchtgenuß der res communis. Ob Selbstverwaltung und Bewirthschaftung Seiten der Miteigenthümer oder Verpachtung u. s. w. eintreten soll, darüber entscheidet der Gesammtwille derselben. Ist eine Uebereinstimmung aller nicht zu erreichen, so ist zu unterscheiden, ob ein bestimmtes Verhältniß schon bestanden hat oder nicht. Im ersten Falle hat die bisherige Nutzungsweise den Vorzug, quia potior est causa prohibentis; eventuell ist richterlicher Entscheid anzusuchen, wobei auf das, quod omnibus utilissimum est, Rücksicht zu nehmen und, wo nöthig, das Gutachten Sachverständiger heranzuziehen ist[47]).

c) Anderweiter Gebrauch (usus) der gemeinschaftlichen Sache, Bewohnen, Gebrauch von Wegen, Wasser, Promenaden in einem Parke u. dgl. Diesen regelt zunächst die Bestimmung der Sache, eine Abänderung kann nur mit Einwilligung aller Betheiligten erfolgen, denn potior est causa prohibentis. Jeder Miteigenthümer hat den vollen Gebrauch der Sache, zu dem sie bestimmt ist[48]); wenn dieser Gebrauch hiernach als ein ordnungs- und regelmäßiger erscheint, so steht den andern Theilhabern keine Klage zu, wenn der eine einen stärkeren Gebrauch macht, weil er mehr Gelegenheit und Anlaß dazu hat, auch wenn dadurch mehr Erhaltungs- und Reparaturaufwände verursacht werden. Nur kann dies Gebrauchsrecht des Einen nicht soweit gehen, daß der Andere am Mitgebrauche be-

---

47) l. 21, l. 7 §. 10 D. 10, 3. Für die Selbstbewirthschaftung Gesterding a. a. O. S. 51. Andere willkürliche Ansichten bei Voet, pand. X, 2 §. 8. Leyser, spec. 118 2. Frommann, diss. de condominio (Diss. jur. Tubingenses no. 5 §. 41).

48) §. 9 Inst. 2, 1. Gesterding a. a. O. S. 52. Leyser, spec. 118 med. 8.

Digitized by Google

ſchränkt oder ganz verhindert würde; ſie ſind alle gleichberechtigt[49]). Die Beſtimmung der Sache entſcheidet auch über den Umfang des Gebrauchs; z. B. A und B theilen ein gemeinſchaftliches Gut in zwei ſeparate Güter, behalten aber die dazu gehörigen Trift- und Weideplätze gemeinſchaftlich. Nun erwirbt A noch ein anderes Gut; für dieſe ſind die letzteren nicht beſtimmt, folglich darf er das im neuerworbenen Gute befindliche Vieh nicht auf jene Weideplätze auftreiben. Eben ſo iſt es mit einem gemeinſchaftlichen Wege. Erwirbt der eine Theilhaber noch andere Grundſtücke, für welche der Weg nicht beſtimmt geweſen und welche von da aus bisher nicht bewirthſchaftet worden ſind, ſo kann der Andere ihn am Gebrauche des gemeinſchaftlichen Wegs zur Bewirthſchaftung der neuerworbenen Grundſtücke verhindern[50]).

d) Dispoſitionen über die Subſtanz. Veränderung der Beſtimmung der res communis (Verwandlung der Kulturart, eines Stalles in ein Wohnhaus u. dgl.) erfordert die Einwilligung aller Miteigenthümer, melior est causa prohibentis. Selbſt unſchädliche Veränderungen ſind nicht einſeitig erlaubt; die l. 13 §. 1 D. 8, 2 (parietem communem incrustare licet) hat einen ganz andern Sinn, wie wir weiter unten ſehen werden. Was die Erhaltung der Sache, Reparaturen oder Neubauten anlangt, ſo iſt oben das Erforderliche erörtert worden[51]).

---

49) Girtanner a. a. O. S. 254. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1848. n. 48. S. 382.

50) Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1844 no. 5. Anderer Meinung iſt Girtanner a. a. O. S. 254. Dagegen die Analogie der l. 1 §. 16, §. 18, §. 26 D. 43, 20. l. 24 D. 8, 3. In der letzten Stelle wird die Meinung des Labeo verworfen, in der erſten iſt ſie angenommen, aber doch mit der Einſchränkung: nisi nocitum sit. Glück, Pand. X S. 54.

51) Brunnemann ad cap. 56 de reg. jur. in VI. Leyser dagegen spec. 118 med. 8 beruft ſich auf l. 13 §. 1 D. 8, 2.

Digitized by Google

e) Vertheidigung und Verfolgung der gemeinschaftlichen Sache und der Rechte daran Dritten oder Fremden gegenüber. — Vindiziren kann der einzelne Miteigenthümer nur seinen Antheil an der Sache, nicht die ganze Sache [52]). Die confessoria und negatoria kann jeder einzelne Miteigenthümer anstellen, resp. wenn sie von einem Fremden erhoben werden, die Vertheidigung allein übernehmen. Da diese Klagen nur Servituten oder servitutähnliche Verhältnisse betreffen, und die Servituten untheilbar das ganze Grundstück erfassen, so präjudizirt die Thätigkeit des Einzelnen den übrigen Theilhabern, sententia praedio datur. Nur bei den Nebenleistungen kommt in Betracht, quod ejus interest [53]).

Man will hier wohl dem Mitberechtigten Theilnahme an dem Siege des socius gönnen, aber die Verurtheilung des einen Miteigenthümers soll für den andern wirkungslos sein. Man beruft sich auf den Satz, daß ein Miteigenthümer allein eine Servitut nicht bestellen könne [54]). Allein steht denn Besteller und Vertheidiger ganz gleich? Und führt nicht jener Grund zu der Konsequenz, daß auch von dem Richter eine Servitut pro parte nicht zu oder aberkannt werden kann? Es handelt sich nicht um das Recht der einzelnen Besitzer, sondern des gemeinschaftlichen Grundstücks. Die Nothwendigkeit der Wirksamkeit des Urtheils gegen alle Miteigenthümer beruht auf der Untheilbarkeit der Servitut sowohl, als auch auf der Untheilbarkeit des tollere und restituere, wenn eine Servitut nicht nach-

---

52) l. 6. l. 8. l. 76 D. 6, 1.

53) l. 31 §. 7 D. 3, 5. l. 4 §. 3, 4 D. 8, 5. l 6 §. 4 ib. l. 1. §. 5 D. 43, 27. l. 19 D. 8, 5. l. 20 D. 10, 3. Savigny, System, Bd. 6 S. 479 ff. l. 63 D. 42, 1.

54) Windscheid, Pand. §. 132, nota 5. Seuffert, Arch. XXXI, 74. Derselbe Grund würde auch gegen die Klägerschaft geltend gemacht werden können, l. 4 §. 3 D. 8, 5.

Digitized by Google

gewieſen wird, l. 4 §. 4 D. 8, 5. l. 21 §. 5 D. 39, 1[55]). Ein analoges Verhältniß findet ſich bei der aquae pl. arc. actio; auch hier kann von einem der Miteigenthümer mit Effekt für die andern geklagt werden, l. 11 §. 1, 2 D. 39, 3[56]). Die l. 19 D. 8, 5: sed si aliquo modo litem perdidit culpa sua, non est aequum, hoc caeteris damno esse, iſt aus l. 20 D. 10, 3 zu erklären: Si is, cum quo fundum communem habes, ad delectum non respondit, et ob id motu judicis villa diruta est, — praestabitur tibi detrimentum judicio communi dividundo. Alſo die defensio eines socius präjudizirt den andern Miteigenthümern; dieſe jedoch haben einen Anſpruch auf Schadenserſatz gegen den defensor, wenn er ſich Nachläſſigkeit oder Argliſt dabei zu Schulden kommen läßt. Auch wirkt ſchon die res judicata gegen die Miteigenthümer, wenn ſie um den Prozeß wiſſen und nicht Theil nehmen, l. 64 D. 42, 1. Schließlich würde doch eine große Inkonſequenz und Inkonvenienz darin liegen, daß die citirten Stellen einen socius allein als Beklagten auftreten reſp. belangen laſſen, alſo die Einrede der mehrern Streitgenoſſen verſagen, wenn nicht das Urtheil gegen die andern Miteigenthümer wirken ſollte[57]).

Ueber die cautio damni infecti iſt l. 27. l. 49 §. 3 D. 39, 2. l. 6 §. 7 D. 10, 3. l. 40 D. 3, 5. — über die aquae pluv. arcendae actio l. 11 §. 1, 2 D. 39, 3 zu vergleichen. — Was von der Konfeſſoria gilt, muß wegen gleicher ratio auch von der actio finium regundorum gelten; der Einzelne kann allein klagen, wenn die Andern ſich weigern; aber auch

55) Vgl. noch l. 5 §. 5. l. 18 pr. D. 39, 1 und l. 15 §. 2 D. 43, 24 (cum singulis in solidum).

56) Auch bei der finium regund. l. 4 §. 5 D. 10, 1 (§. 105 unten).

57) Vgl. noch die deutſche Civ.Proz.Ordn. §. 59 und die in dem Commentar von Sarwey beigefügten Anmerkungen über unſere Frage.

Digitized by Google

hier heißt es magis fundo, quam personis, adjudicari fines intelliguntur[58]). — Bei der actio legis Aquiliae kann der einzelne Miteigenthümer allein klagen; die Verurtheilung des Gegners zu Schadenserſatz erfolgt jedoch nur pro parte, kommt es aber zur noxae datio, ſo geſchieht ſie in solidum, quia haec res divisionem non recipiat[59]). Ueberhaupt erfolgt bei allen Klagen, welche auf das Intereſſe gehen, die Verurtheilung hinſichtlich des einzelnen ſtreitenden Miteigenthümers ſtets pro parte, eine Ausnahme wird nur gemacht, wenn Leiſtungen auferlegt werden, die eine Theilung nicht zulaſſen[60]).

Der paries communis bedarf hier noch einiger Bemerkungen. Der Regel nach wird er pro indiviso communis ſein[61]) und das Miteigenthum daran ſchließt jede einſeitige Dispoſition der Theilhaber über die Subſtanz aus. Einſeitiges Bauen oder Repariren deſſelben iſt daher nicht erlaubt; unerlaubt iſt ferner die Anlegung von Waſſer- und Rauchkanälen an der gemeinſchaftlichen Wand, überhaupt jede Immiſſion in dieſelbe, Einfügung von Balken u. dgl., um ſo mehr jedes einſeitige Einbrechen in die Mauer zur Anlegung von Niſchen, Fenſtern, Thüren[62]), überhaupt Alles, was die Mauer beſchädigt oder verſchlechtert, l. 13 pr. l. 19 pr. D. 8, 2 (assiduus humor).

Erlaubt iſt Alles, was die Subſtanz der Wand nicht ergreift, z. B. eine Treppe neben derſelben zu haben (quia remo-

58) l. 4 §. 5 D. 10, 1.

59) l. 27 §. 2 D. 9, 2.

60) Vergl. wegen des Interd. de arbor. caed. l. 1 §. 5 D. 43, 17; wegen des Interd. uti possidetis l. 1 §. 7. l. 3 §. 11 D. 43, 17; wegen des interd. quod vi aut clam l. 15 §. 7 D. 43, 24.

61) Naturali ratione communis l. 8 D. 8, 2. l. 22 D. 10, 3. Ruete a. a. O. S. 1. Girtanner, l. c. S. 287 nota 167.

62) l. 23 pr. l. 19 pr. l. 40 D. 8, 2. Ruete a. a. O. S. 13, 23 ff.

Digitized by Google

veri possit), ein Deckengewölbe aus Fließen (si ita retineatur, ut etiam sublato pariete maneat) d. h. Alles, was nicht in der Wand selbst befestigt, sondern nur an dieselbe gelehnt ist[63]).

Die Bestimmung der gemeinschaftlichen Wand oder Mauer giebt aber dem einzelnen Theilhaber noch selbstständige Rechte, die von dem Willen des andern unabhängig sind. Wenn eine solche Wand zum Tragen von Balken oder Gebäuden bestimmt ist, so kann auch jeder Theilhaber einseitig, selbst wider den Willen des andern, Balken einschieben oder darauf bauen[64]). Wenn die gemeinschaftliche Wand zwischen Wohnhäusern sich befindet, so dient sie nicht blos zur Scheidung der Häuser, sondern ist auch bestimmt, die Wand des Zimmers, der Kammer, des Bades u. s. w. zu bilden. Auf diese Art sie zu benutzen hat der Theilhaber ein selbstständiges Recht, und er darf diese Seite (sua pars) mit Gyps oder Kalk abputzen[65]), mit Gemälden verzieren, überhaupt sie wie seine alleineigene Wand gebrauchen, soweit nicht eine Immission oder Beschädigung für den Mitbesitzer damit verbunden ist[66]). Stört der Andere ihn im Gebrauche dieser Seite der Wand, erlaubt er sich Eingriffe in dieses selbstständige Recht, so gewährt die Prohibition resp. das interdictum uti possidetis Schutz dagegen[67]).

Die bisher entwickelten Grundsätze sind insbesondere auch auf gemeinschaftliche Grenzscheidungen und Befriedigungen, Hecken, Stackete, Planken, Mauern u. dgl. anzuwenden. Aus der Gemeinschaftlichkeit folgt zwar die Verpflichtung, sie auch antheilig

63) Erlaubt ist also auch: Spaliere, Leitern u. dergl. anzulehnen. l. 19 §. 1, 2 D. 8, 2. Ruete a. a. O. S. 5 ff.

64) l. 12 D. 10, 3. l. 52 §. 13 D. 17, 2. l. 35. l. 40 §. 1. D. 39, 2.

65) Das ist der Sinn des mißverstandenen parietem communem incrustari licet.

66) l. 13 §. 1. l. 19 pr. l. 25 §. 1 D. 8, 2. l. 3 §. 9 D. 43, 17. Er darf einen Ofen, einen Herd daneben haben, l. 27 §. 10 D. 9, 2.

67) Vergl. l. 3 §. 9 D. 43, 17.

Digitized by Google

mit zu erhalten, zu repariren, resp. von Grund aus herzustellen[68]); allein dieser Verpflichtung kann sich jeder Theilhaber, sofern nicht aus der besondern Bestimmung der gemeinschaftlichen Sache, z. B. bei Mauern, die Gebäude tragen, oder aus polizeilichen Vorschriften ein Hinderniß erwächst, dadurch entziehen, daß er seinen Antheil an der Sache derelinquirt. Wenn Leyser, spec. 456 med. 10 annimmt, daß derjenige, welcher die Reparatur der gemeinschaftlichen Sache verweigert, die Herstellung durch den andern Theilhaber geschehen läßt und einige Jahre dazu schweigt, schon als Derelinquent anzusehen sei, so halten wir das für nicht genügend begründet[69]). Giebt der eine Theilhaber die gemeinschaftliche Umfriedigung auf und der andere will sie nicht verfallen lassen, so muß er sie allein repariren und wird Alleineigenthümer. — Anders muß sich das Verhältniß gestalten, wo durch Statuten oder Partikularrechte die Erhaltung der Befriedigungen geboten ist, z. B. im preuß. Landrecht Thl. I tit. 9 §. 182.

Bei den res pro diviso communes wird der Antheil eines jeden Theilhabers ziemlich selbstständiges Rechtsobjekt, die Grenzen der Alleinherrschaft erweitern sich. Namentlich kann jeder seinen Theil selbstständig nutzen und darüber disponiren, wie die Bestimmung der Sache oder Vertrag die Maße giebt. Nur muß er sich innerhalb seiner Grenze halten, auch jede Beschädigung und Verschlechterung des Antheils vermeiden und muß das unterlassen, was das Miteigenthumsrecht des Andern thatsächlich hemmen oder aufheben würde[70]).

---

68) Leyser, jus. georg. lib. 3 c. 7 no. 30. Schmidt, Abhandlg. verschiedener praktischer Rechtsmat. B. 1 no. 47. Ackermann, Rechtssätze, B. 9 S. 26 ff.

69) Rechtslex. von Weiske, B. III S. 329 ff.

70) Ruete, loco cit. S. 69 ff.

Digitized by Google

IX. Abſchnitt.

A. Das Eigenthum an Grundſtücken und von den Grenzen. B. Von der actio finium regundorum.

§. 102.

A. Das Eigenthum an Grundſtücken und die Grundſtücksgrenzen.

Bei dem Eigenthum an Grundſtücken offenbart ſich am reinſten und ſtärkſten das Prinzip der Einheit und Ausſchließlichkeit des Eigenthumsrechts. Es duldet in ſich und an ſich keine fremden Beſtandtheile. Es ſtößt ſie nicht ab oder aus, ſondern zieht ſie an. Was mit dem Grundſtück ſich feſt verbindet, wird Eigenthum des Beſitzers auch ohne ſeinen Willen [1]). Es giebt deshalb kein fremdes Eigenthum unter oder über meinem Grundſtück, nur ein fremdes, mein Eigenthum beſchränkendes, Recht (jure servitutis) kann exiſtiren. Wohl aber kann ich ein beſtimmtes Stück (portio fundi) ausſcheiden und das Eigenthum daran einem Andern übertragen (Enclave).

Die Wirkung jener Ausſchließlichkeit und Attractionskraft zeigt ſich in der Anſchwemmung, in der avulsio, crusta lapsa, in dem Einpflanzen, Einſäen reſp. Eindringen von Pflanzen in fremdes Grundſtück, in dem Einbauen in ein fremdes Grund-

---

1) Abſolut nothwendig zur Vermeidung ewiger Colliſionen, die die Freiheit des Eigenthums zur Unfreiheit machen würden.

Digitized by Google

beſitzthum (Boden oder Gebäude), und im Bauen auf einem fremden Grundſtücke. Bei dem Bauen tritt die Wirkung ſofort ein, wenn die Verbindung erfolgt iſt, bei den früheren Akten, wenn die Verbindung durch Zuſammenwachſen und Einwachſen (Einwurzeln) zu einer dauernd natürlichen geworden iſt [2]), (si coaluerit, ut unitatem cum terra mea fecerit). Wenn die Inſtitutionen §. 21 T. 2, 1 hinzufügen: si arbores, quas secum traxerit (terra avulsa), in meum fundum radices egerint [3]), ſo bezieht ſich dies nicht auf die terra avulsa, ſondern blos auf die Bäume, die dann vom frühern Eigenthümer nicht mehr beanſprucht werden können (videntur vicino fundo acquisitae esse). In l. 7 §. 2 D. 41, 1 lautet die Stelle: videtur meo fundo acquisita esse (sc. pars ex tuo fundo detracta). Die Vulgata und Haloander leſen auch hier „videntur acquisitae". Wenn aber jene Lesart richtig iſt, ändert ſie am Reſultate nichts; dann iſt das Wurzelſchlagen als eins der Merkmale des Zuſammenwachſens und der unitas aufzufaſſen.

Das Eigenthum des früheren Beſitzers geht bei dem Bauen und Einbauen nicht abſolut verloren; es ruht blos und kann wieder geltend gemacht werden, wenn die Verbindung gelöſt wird und ſeine Sache noch in ihrer früheren Weſenheit beſteht [4]). Von Bäumen und Pflanzen wird das nicht angenommen [5]); nam credibile est, alio terrae alimento aliam factam esse. Das ſoll bedeuten: durch das Wachſen iſt der Baum nicht mehr derſelbe geblieben; aus einem Stämmchen iſt ein Baum geworden.

---

2) §. 20 J. 2, 1. l. 7 §. 1 D. 41, 1. — l. 9 §. 2 D. 39, 2, §. 21, 31, 32 J. 2, 1, l. 7 §. 2, 13 D. 41, 1. l. 9 pr. l. 26 §. 1 eod. — l. 7 §. 10, 12 eod., c. 2 C. 8, 32. c. 2 C. 8, 34. Ueber Controverſen und Literatur ſiehe Windſcheid, Pand. §. 188.

3) Gaj. II, 71 hat den Zuſatz nicht.

4) l. 7 §. 10 D. 41, 1. l. 7 §. 2 D. 44, 2.

5) §. 31, 32 J. 2, 1. l. 7 §. 13. l. 9 pr. l. 26 §. 1 D. 41, 1.

Digitized by Google

Keineswegs liegt hier der Nachdruck auf alio alimento; vergl. §. 121 unten.

Wenn ein Anderer mit Zustimmung des Eigenthümers oder jure servitutis in dessen Eigenthum etwas einbaut oder darin eine Anlage macht, so bleibt das Verhältniß dasselbe. Doch ist zu unterscheiden: das projectum, protectum, tignum immissum, welches ich in fremdes Gebiet oder Gebäude hineinschiebe, bleibt mein Eigenthum, der aquaeductus, welchen ich in fremdem Grund und Boden anlege, die caementa, die fistulae werden nach strengem Rechte Eigenthum des Grundbesitzers; dem Servitutberechtigten steht selbstverständlich der alleinige Gebrauch derselben zu, und er wird überdies als quasi dominus betrachtet; c. 2 C. 3, 34, l. 27 §. 32 D. 9, 2: si quis aquaeductum meum diruerit, licet caementa mea sint, tamen quia terra mea non sit, qua aquam duco, actionem utilem dandam, l. 29 §. 1 D. eod.: si protectum meum recidisses, posse me tecum damni injuria agere — per cujus domum trajectus erat aquae ductus citra servitutem, jure suo posse eum intercidere; et merito, interest enim, quod hic in suo protexit (sich geschützt hat), ille in alieno fecit, — l. 30 §. 1 D. 39, 2: sufficere repromissionem, quodammodo enim de re sua cavet (der Inhaber einer Wasserleitung). Hiernach ist also bei einem Eigenthumseingriff durch ein projectum, protectum, immissum Selbsthilfe nicht erlaubt [6]), (actio legis Aquiliae, interdictum quod vi aut clam); dagegen ist sie gestattet, wenn ein Anderer in und auf unserem Eigenthum etwas Unerlaubtes (citra servitutem) unternommen hat, vorausgesetzt, daß wir nicht prohibirt worden sind resp. nicht heimlich handeln. In den obigen Stellen hat das in suo einen doppelten Sinn; einmal be-

6) Vgl. noch l. 1 §. 6. l. 2 D. 43, 27. l 6 §. 2 D. 47, 7.

Digitized by Google

deutet es: auf und in unſerem Grundſtück, das andere Mal: an einer uns gehörigen Sache. Ille in alieno fecit in l. 29 §. 1 bezeichnet: Jener hat ſich an einer fremden Sache vergriffen [7]).

§. 103.

In Anſehung der Rechte und Pflichten, welche aus der Nachbarſchaft der Grundſtücke für die Eigenthümer derſelben hervorgehn und welche das ſogenannte Nachbarrecht begreifen, bildet die Grundſtücksgrenze ein ſehr weſentliches Moment. Durch ſie erſt wird der Begriff von Eigenthum an einem Stück Erdoberfläche vermittelt und die Beziehung einer Perſon zu einem beſtimmten Raumtheile fixirt. Durch ſie verwandelt ſich die weite ungetheilte Erdoberfläche in Grundſtücke [8]), indem ſie feſtſtellt und anzeigt, wie weit nach Länge und Breite die Herrſchaft des Eigenthümers auf der Erdoberfläche ſich erſtreckt. Dieſe Oberfläche (Solum) erſcheint den römiſchen Juriſten als die Hauptſache und wird es auch in der Regel noch heutigen Tages ſein. Als Zubehör [9]) derſelben kommt noch in Betracht,

---

7) Dieſen Doppelſinn hat Stölzel, op. nov. nunt. und interd. quod vi aut clam S. 427 ff. überſehn und kommt deshalb zu wunderlichen Konſequenzen.

8) Heyne in der Zeitſchr. für Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. 8 S. 29 verſteht unter einem Grundſtücke ein Stück Land in horizontaler und vertikaler Richtung, von deſſen Oberfläche an ſo tief hinab, als das Eigenthum daran reicht. Fundus integrum aliquid est, et quidem habet suos fines. l. 60 D. 50, 16.

9) Der Code Napoléon art. 552, nach welchem das Eigenthum an Grund und Boden zugleich das Eigenthum an allem, was über und unter der Oberfläche iſt, enthält — behandelt die Frage unter dem Acceſſionsrechte. — Böcking, Pand. II. B. S. 12 zählt ſie zu den Ausübungsarten des Eigenthums; aber gewiß unrichtig. Denn die Erhebung der negatoria, wenn der Nachbar in meinen Luftraum herein baut, kann man füglich nicht ſo bezeichnen. Vergl. über Luftraum und Unterirdiſches noch

Digitized by Google

was unterhalb derſelben ſich befindet, ſowie der Raum über derſelben, und die Grenzlinien der Oberfläche bezeichnen, perpendikulär auf- und abwärts gedacht, das Gebiet des Eigenthümers hinſichtlich deſſen, was unter und über der Oberfläche ſich befindet. Die römiſchen Juriſten ſehen dies als ganz ſelbſtverſtändlich an und ſprechen nicht den Grundſatz, ſondern gelegentlich nur ſeine Folgen aus. In l. 9 §. 2, 3, l. 13 §. 5 D. 7, 1 wird ausgeführt, daß dem Uſufruktuar nicht blos die Nutzungen der Erdoberfläche, ſondern auch der tieferen Erdſchichten gebühren, und es werden Steine, Kreide, Sand, edle und unedle Metalle überhaupt, die in der Tiefe erbeutet werden, als Früchte des Grundſtücks betrachtet[10]). Sie folgen alſo dem Eigenthume der Oberfläche und ein Dritter kann ſich nur auf Grund eines ſpeziellen Rechtstitels daran vergreifen, l. 13 §. 1 D. 8, 4[11]). Wenn aber in der erſten Stelle geſagt wird: „quia totius agri ususfructus relinquatur, non partium“, und in l. 11 pr. D. 43, 24 die aqua viva im Innern eines Grundſtücks als portio agri bezeichnet wird, ſo dürfen wir uns dadurch nicht zu der Annahme verleiten laſſen, daß die römiſchen Juriſten das Innere des Grundſtücks als einen beſonderen ſelbſtſtändigen Theil deſſelben angeſehen hätten, ſondern ſie haben im Gegentheil jenes Innere als einen unzertrennlichen Beſtandtheil des Grundſtücks aufgefaßt, an dem einem Dritten zwar Nutzungsrechte eingeräumt werden können, das jedoch niemals beſonderes Objekt einer Veräußerung ſein und nicht als ſelbſtſtändiges Grundſtück behandelt werden kann. Wenn daher der

---

Heſſe, Jahrb. f. Dogm. Bd. VI S. 382 ff., 391—398. A. M. Werenberg, ebend. S. 45. Das Unterirdiſche und der Luftraum ſind nicht eigentliche accessiones, ſondern Beſtandtheile des Grundſtücks.

10) l. 7 §. 13, 14 D. 24, 3 vergl. mit l. 18 D. 23, 5.

11) Von dem Unterirdiſchen ſprechen auch l. 26, D. 39, 2. l. 1 §. 12 D. 39. 3.

Digitized by Google

Eigenthümer eines Grundstücks einem Anderen das Recht einräumt, unter dessen Oberfläche sich einen Keller zu graben oder die darunter stehenden Steinkohlen auszubeuten, so erwirbt der Andere nicht ein Grundstück oder einen Theil eines Grundstücks, sondern nur Nutzungsrechte an einem Grundstücke resp. eine Servitut. Diese Rechte können deshalb auch keine besonderen Folien in den Grund- und Hypothekenbüchern erhalten [12]).

Die Grenzlinie der Oberfläche bezeichnet aber weiter auch das Gebiet des Eigenthümers hinsichtlich des Raumes, welcher sich darüber befindet. So gehört denn Alles, was darauf gebaut wird, auch was ein Anderer baut, dem Eigenthümer des Grundes und Bodens [13]). Aber auch der leere Raum über demselben gehört diesem so ausschließlich zu, daß kein Anderer in denselben eine Immission vornehmen, etwas hineinbauen oder sonst hineinragen lassen darf. In l. 22 §. 4 D. 43, 24 wird gesagt: „si quis projectum aut stillicidium in sepulcrum immiserit, recte cum eo agi — quia sepulcri sit non solum is locus, qui recipiat humationem, sed omne etiam supra id coelum; eoque nomine etiam sepulcri violati agri posse". Ein Begräbnißplatz besteht also nicht blos in dem Grund und Boden, worin der Leichnam liegt, sondern es gehört dazu auch der Luftraum (coelum) darüber, und es darf von einem Dritten nichts hinein gebaut oder sonst hineingewiesen werden („etiamsi ipsum monumentum non tangeret").

---

12) Heyne, Komment. z. Hyp. Ges. 1. B. S. 71 ist in Ansehung der Keller anderer Meinung, und wenn man den Zweckmäßigkeitsgründen mehr Gewicht giebt, als der juristischen Consequenz, so ist ihm beizustimmen.

13) Superficies cedit solo.

14) Ueber die Benutzung des Luftraums sprechen noch l. 9 D. 8, 2. l. 14, 15, 17 pr. l. 24. l. 25 D. ib. l. 14 §. 1 D. 8, 5. l. 2 D. 43, 27. l. 2 §. 6 D. 43, 8. Vergl. Sächs. Zeitschr. f. Rechtspfl. N. F. B. 19 S. 88 S. 362.

Digitized by Google

Daſſelbe gilt auch von öffentlichem Grund und Boden; „quia coelum, quod supra id solum intercedit, liberum esse debet“, d. h. es kann kein immittere, protegere, projicere in den Luftraum über dem solum publicum (jure servitutis) ſtattfinden[15]). Ferner wird in l. 21 §. 2 D. quod vi vorgeſchrieben: „in opere novo tam soli, quam caeli mensura facienda est“, d. h. wenn Jemand einen Neubau oder ſonſt eine Anlage unternimmt, ſo hat er, um den Einſpruch des Nachbars zu vermeiden, nicht nur die Oberfläche, Grund und Boden, genau auszumeſſen und die Grenze inne zu halten, ſondern er muß auch mit dem Senkblei den Luftraum genau abwägen, daß er nicht in denſelben über die Grenze hinausgreife mit ſeinem Bau. Einen ſolchen Uebergriff in den Luftraum des Nachbars kann dieſer mit verſchiedenen Rechtsmitteln, mit dem Interdikte quod vi, mit der operis novi nuntiatio, mit der Negatoria u. ſ. w. abwehren. Das coelum liberum iſt dem praedium liberum, fundus liber nachgebildet; es ſind dies bekanntlich die techniſchen Bezeichnungen für ſervitutfreie Grundſtücke, und es deutet coelum liberum an, daß der Eigenthümer des Grundes und Bodens ſich keine Immiſſion in den Luftraum darüber, die nur auf Grund einer Servitut ſtatthaft ſein könnte, gefallen zu laſſen braucht.

Gesterding, der die Lehre von der Luftſäule für ein Mährchen erklärt[16]), weil die Luft res communis und deshalb nicht Gegenſtand des Eigenthums ſein könne, muß doch ſchließlich zugeſtehn, daß der Raum über dem Grundſtück dem Eigenthümer deſſelben zugehört, nur kommt er ſchließlich zu ganz eigenthümlichen Folgerungen. Er ſagt: „Aber nun

15) Dagegen iſt jure civitatis die Benutzung des solum publicum und des coelum darüber unter gewiſſen Einſchränkungen geſtattet. l. 2 D. 43, 8.

16) Ausbeute v. Nachforſchungen, 8. Thl. S. 447 ff.

Digitized by Google

hat der Eigenthümer blos ein Recht, vermöge deſſen er nicht nöthig hat, zu leiden, daß ein Anderer etwas über ſeiner Grundfläche haben oder bauen dürfe. Erlaubt er dem Nachbar, etwas hinein zu bauen, ſo begiebt er ſich durch Einräumung jener Servitut in tantum dieſes Rechts und der Nachbar, der nun dieſes Recht erlangt hat, hat nun an ſeinem Theile ein Recht, vermöge deſſen er nicht zu leiden braucht, daß über den Anlagen, die er gemacht hat, ein Anderer etwas haben oder bauen dürfe. Die Gebäude, die Anlagen des Nachbarn machen nunmehr das solum aus, über welches kein Anderer, auch nicht der Eigenthümer des untern solum, etwas bauen darf."

Daß hier Geſterding fehlgegriffen hat, ſpringt bald in die Augen. Denn daß ein Balkon, den wir dem Nachbar in unſern Luftraum einzubauen geſtatten, unter den Begriff von solum (Grund und Boden) fallen, und es nun ein unteres und ein oberes solum geben ſoll, erſcheint ſofort unhaltbar; der Hauptfehler der Geſterding'ſchen Anſchauung liegt aber darin, daß er das Recht des Eigenthümers, vermöge deſſen er nicht zu leiden braucht, daß ein Anderer über ſeiner Grundfläche etwas habe oder baue (coelum debet esse liberum), als ein beſonderes, ſelbſtſtändiges Recht auffaßt, während es doch nichts anderes iſt, als ein Ausfluß des Eigenthums an Grund und Boden. Dieſes Recht geht daher durch Einräumung einer Servitut nicht auf den Servitutberechtigten über, ſondern wird höchſtens beſchränkt, und es iſt der Umfang des Befugniſſes, welches dieſer damit erworben hat, lediglich aus der Natur der Servitut und aus dem Vertrage darüber abzuleiten und zu beurtheilen. — Allerdings hat der Beſitzer des Bodens kein Eigenthum an der darüber liegenden Luftſchicht und dem Lichte darüber, wohl aber ein Ausſchließungsrecht bezüglich des Raumes über dem solum.

Digitized by Google

§. 103b.

Die Grenze[17]) iſt es alſo, welche erſt dem Eigenthume an Grundſtücken ſeine konkrete Geſtalt, ſeine Fixirung in der Wirklichkeit dem Raume nach verleiht, und auf welcher die Sicherheit des Eigenthums ſonach mit beruht. Daher die Heiligkeit der Grenzen bei den alten Völkern, und die ſchweren, mitunter grauſamen Strafen der Grenzverletzung[18]). Nebenbei iſt noch der Staat bei der Grenze intereſſirt in Hinſicht der Grundſteuer, und die neuere Einrichtung der Grund- und Hypothekenbücher ſetzt ebenfalls beſtimmte und ſichere Grundſtücksgrenzen voraus. Die Grenze, das Ende eines Grundſtücks, iſt an ſich etwas Unkörperliches, eine mathematiſche Linie; ſie bedarf alſo der Verſinnlichung und Fixirung durch ſichtbare Merkmale, als Furchen, Gräben, Zäune, Bäume, Steine, Pfähle, Stein- oder Erdhaufen, Raine — wofern ſie nicht durch natürliche Kennnzeichen repräſentirt wird, wie durch Bäche, Flüſſe, Berge, Felſen, Schluchten u. dgl.[19])

Die Grenzzeichen ſind juriſtiſch als Urkunden im weitern

---

17) Ueber das Recht hinſichtlich der Grenzen Weiske, Rechtslexikon B. 4 S. 880 ff. Weiske, Landwirthſchaftsrecht §. 119—137 (die Citate hier ſind nicht immer zutreffend). Bei den Römern bedeutete finis nicht blos die Grenze, Grenzlinie, ſondern auch den Grenzſtreifen von 5 Fuß Breite, beſtimmt zum iter ad culturas accedentium und zum actus et circumactus aratri (Borart, Boracker, Anwende) Böcking, Pand. B. 1 Anh. S. 40. Rudorff, Rechtsgeſch. B. I S. 102, B. II S. 137.

18) Tit. D. 47, 21. l. 8 pr. D. 48, 13. Paul. sent. rec. I, 17. C. Crim. Car. art. 124. Sachſenſpiegel II, 28. Weiske, Landwirthſchaftsrecht §. 119. Grimm, Rechtsalterthümer S. 546, 547. Neueres Recht: Reichsſtrafgeſetzbuch §. 274, 2, §. 370, 1.

19) Wenn der eine Nachbar eine natürliche Grenze behauptet, während der andere auf künſtliche Grenzmale ſich beruft, ſo haben letztere, wenn ſie echt und beweisfähig ſind, den Vorzug. Sicc. Flaccus de cond. agror. (pag. 6 bei Goesius) „praecipue fidem habere debent, quoniam intelliguntur ex industria et convenientia possessorum fieri.“ Weiske, Landw.

Digitized by Google

Sinne zu behandeln. Die Kennzeichnung oder Feststellung der Grundstücksgrenze kann, weil sie für die Besitzer der aneinanderliegenden Grundstücke den Beweis der Grenzlinie liefern soll, niemals von einem Nachbar einseitig mit Rechtswirkung geschehen, eben so wenig, als der Producent selbst eine beweisfähige Urkunde für seine Behauptungen ausstellen kann[20]). Das sächs. Landrecht II, 50 bestimmt auch ausdrücklich: „Wer Mal-Bäume oder Mark-Steine setzet, der soll die dabey haben, die auf der andern Seiten Land haben", und nach der lex Bajuvariorum tit. XI cap. 2 u. 3 wurde das einseitige Setzen von Grenzmarken mit sechs solidis oder an einem servus mit Peitschenhieben gestraft[21]). Einseitig in der Grenzlinie gesetzte Steine oder andere Male kann der Nachbar auf frischer That wieder ungestraft ausreißen, sie gleichen einer Störung im Besitz[22]).

Die Grenze kann aber von den beiden betheiligten Nachbarn privatim versteint oder vermarkt werden; einer Beiwohnung der Gerichtsbehörde bedarf es, insoweit Partikularrechte nicht ein Anderes verordnen, gemeinrechtlich nicht[23]); nur wegen des Beweises durch das darüber aufgenommene Protokoll erscheint die gerichtliche Vermarkung rathsam und nützlich.

Die Grenzmarken (Steine, Bäume[24]) u. dgl.) müssen,

---

§. 121. Die künstliche Grenze neben einem Bach oder Fluß macht den ager zum limitatus.

20) Rechtslexikon B. IV S. 881.

21) Meckbach in Anm. zum Sachsenspiegel II, 50, S. 538.

22) Sie verletzen die Gemeinschaftlichkeit der Grenzlinie und berühren das Eigenthum des Nachbars. l. 29 §. 1 D. 9, 2: jure suo posse eum intercidere.

23) Vergl. Sächs. Landr. II, 50. Die Vermarkung geschah sonst nur feierlich, wenn sie für ganze Fluren, Marken, Gaue geschah. Grimm, Rechtsalt. S. 545. Die Zuziehung von Feldgeschworenen, Geometern und dgl. ist ebenfalls partikularrechtlich.

24) Von Malhügeln (Erdhaufen, unter welche die testes gelegt werden) siehe Seweloh, Grenzrevision, Fulda, 1808 S. 19. Puchta,

Digitized by Google

wenn sie beweisen sollen, von beiden Theilen anerkannt sein[25]), wie bei Urkunden; es muß demnach, wenn der Gegner sie nicht anerkennt, entweder durch Zeugen, Urkunden[26]), Eid u. s. w. das ausdrückliche Anerkenntniß des Gegners, oder die Thatsache, daß er selbst resp. seine Vorbesitzer die Grenzmale so, wie sie sich vorfinden, mit gesetzt oder bestimmt haben, nachgewiesen werden. Dies Anerkenntniß kann auch künstlich erbracht werden, z. B. dadurch, daß die fraglichen Grenzmarken seit rechtsverjährter Zeit als solche respektirt worden sind. Steine, welche für Grenzsteine ausgegeben werden, können als solche auch dann angesehen werden, wenn sie mit den in der Gegend üblichen Kennzeichen versehn sind[27]). Schon bei den Römern war es gebräuchlich[28]) und es ist noch jetzt weit verbreitete Sitte, den Grenzsteinen Eier oder Zeugen (ovula, testes) unterzulegen, welche in Scherben, Eierschalen, Kohlenstücken u. dgl. bestehen. Oft auch werden den Steinen Kreuze oder Grenzschlaufen eingehauen. Den Grenz- oder Mal-Bäumen werden Kreuze eingeschnitten oder Löcher eingehauen, oder man pflegt sie oben zu kappen (Kopflag)[29]). Diese Sitte wirkt als Gewohnheitsrecht, daß solche Steine und Malbäume

---

freiw. Gerichtsbarkeit §. 261 not. d. Grimm, Rechtsalterthümer S. 542 ff. Glück, Pand. X, 456.

25) Schneider, Lehre vom Beweise §. 316 ff.

26) Namentlich durch Grenzkarten, Vermessungsliteralien u. s. w. Grenzprotokolle. Glück a. a. O. S. 457.

27) Bis zum Beweis des Gegentheils. — Struben, rechtl. Bedenken B. V no. 81. Puchta, freiw. Gerichtsbarkeit §. 262. Gesterding, Ausbeute I. Thl. S. 275 über probatio finium. Stryck, usus pand. X, 1 §. 5 ff. Preuß. Landr. I. Thl. XVII §. 367 bis 368.

28) Sicc. Flaccus de cond. agror. (bei Goesius) S. 5. Er bemerkt aber: „voluntarium est, aliquibus terminis nihil subditum est.“ Grimm, Alterthümer S. 533.

29) Oettinger, de jure limitum, lib. I cap. 17 no. 9. Beck de jure limitum, lib. I cap. 4 obs. 1. Struben, rechtl. Bedenken V, 81.

Digitized by Google

ſo lange als richtige Grenzmarken angenommen werden, bis das Gegentheil dargethan wird. — Verweigert der Gegner das Anerkenntniß, dann entſcheidet die Ortsgewohnheit die Frage, was als giltiges Grenzmal anzuſehn iſt. Ob die gefundenen Kennzeichen genügen, um einen Stein oder Baum als Grenzmarke zu qualifiziren, darüber ſind nöthigenfalls Zeugen und Sachverſtändige, die über das, was in der Gegend herkömmlich iſt, ausſagen können, abzuhören. — Gewöhnlich nimmt man an, daß mehrere Steine oder Mahlbäume vorhanden ſein müßten, wenn ſie die Grenze beweiſen ſollen, weil ſie in gerader Linie auf einander weiſen müßten [30]). Dies kann nicht als Regel anerkannt werden, denn es können die übrigen Grenzſteine verſunken oder verſchleppt ſein, es kann, wenn z. B. eine im Bogen laufende Grenze durch einen Grenzrain angezeigt wird, recht wohl zu größerer Sicherheit in der äußerſten Curvenbiegung noch ein Grenzſtein geſetzt worden ſein. Wenn hier der eine Nachbar vom Raine allmählig abackert, warum ſoll der eine Stein nicht beweiſen? —

Wenn von einem Graben [31]) behauptet wird, daß er zur Bezeichnung der Grenze diene, ſo iſt dieſe Frage nach Ortsgewohnheit und nach der Ortsbeſchaffenheit zu entſcheiden. Wenn Gräben als Grenzmarken in der Gegend öfter vorkommen, wenn nicht die Aufnahme und Ableitung des Regenwaſſers, die Entſtehung des Grabens beſſer rechtfertigt, u. dgl., ſo ſpricht die

Geſterding a. a. O. Schneider, Lehre vom Beweiſe §. 316 — 321. Stryck l. cit. Grimm a. a. O. S. 544.

30) Myler, metrolog. cap. 14 §. 19 no. 6. Struben a. a. O. Dagegen Geſterding I S. 278.

31) Sicc. Flaccus (apud Goesium p. 12): Ergo ut saepe diximus, quaedam ex consuetudine regionum, quaedam ex natura loci colligi possunt. Nam et de fossis idem sentimus. Si enim non sit necessitas agri siccandi, nec non in vicinis fossae inveniantur, possunt videri finales, non intervenientibus, quae erunt, viis, quibus ambigatur, secundum regionum consuetudinem esse finales.

Digitized by Google

Vermuthung für die Eigenschaft eines Grenzgrabens[32]). Dasselbe ist der Fall, wenn er herkömmlich von beiden Theilen gehoben worden ist, und eine andere Richtung der Grenze nicht nachgewiesen wird.

Daß Grenzsteine und Malbäume, bei denen die erforderlichen Kennzeichen oder Unterlagen gefunden werden, den Grenzenlauf bis zum Nachweis des Gegentheils voll beweisen[33]), davon liegt der Grund in ihrer Bestimmung, in ihren Charakteren und in der Annahme, daß sie mit Zustimmung der betheiligten Grundstücksnachbarn oder deren Vorbesitzer entstanden sind. Ihre Existenz ist keine zufällige und die bisherige Duldung derselben bekleidet sie mit der Kraft von Urkunden, die hier als rekognoscirt gelten, bis der Gegner die Unächtheit nachweist, d. h. bescheinigt, daß sie trotz der Kennzeichen zufällig oder sonst unbefugter Weise an den Ort gekommen sind[34]).

§. 104.

B. Zur Herstellung und Feststellung einer bereits vorhanden gewesenen Grenze, die ungewiß oder streitig geworden ist, dient die actio finium regundorum[35]). Bei dem aus den 12 Tafeln stammenden judicium wurde unterschieden die controversia de fine und die controversia de loco. Bei der erstern, die blos den Grenzrain (die quinque pedes der zwölf Tafeln und der lex Mamilia) betraf, sollte der Streit lediglich

32) Gesterding a. a. O. S. 279.

33) Struv, synt. jur. tom. I pag. 893. Schneider a. a. O.

34) Gesterding a. a. O. S. 280 verlangt irrthümlich noch den Beweis, daß die Steine auch mit Vorwissen und Zustimmung der Nachbarn an dieser Stelle gesetzt worden.

35) Glück, Pand. B. 10 S. 419 ff. Weiske, Abh. prakt. Rechtsmat. no. 3. Wiederhold, Gießner Zeitschr. XIII S. 35 ff. Sternberg, ebend. XVII S. 426. Rudorff, gesch. Zeitschr. X S. 343 ff. Hoffmann, Arch. f. civ. Prax. XXXI S. 493 u. XXXV S. 350 ff. Becker, die Aktionen I S. 235 ff.

Digitized by Google

durch einen agrimensor, als Richter, nach rein technischen Grundsätzen entschieden und die frühere Grenze wieder hergestellt werden, ohne Rücksicht auf etwaige Veränderungen durch Usucapion. Ueberschritt die Grenzverwirrung die quinque pedes — controversia de loco —, dann hatte der judex resp. unter Zuziehung von Sachverständigen nicht nur nach technischen Regeln zu entscheiden, sondern auch Rechtsgrundsätze, namentlich eine usucapio, zu beachten. Valentinian dehnte das Verfahren de fine auch auf die contr. de loco aus (c. 4 C. Th. 2, 26), der Kaiser Theodosius stellte aber kurz nachher die frühere Unterscheidung wieder her (c. 5 eod.). Die Kompilatoren haben von der Valentinianschen Verordnung nur den ersten Passus recipirt, c. 5 C. 3, 39, die Theodosische aber ganz entstellt, c. 6 C. 3, 39. Der Unterschied zwischen contr. de fine und de loco ist sonach verschwunden, die Usucapion ganz ausgeschlossen, und ebenso das Richteramt der agrimensores [36]).

Die actio fin. reg. ist eine persönliche Klage, ist actio duplex und mixta. Persönlich ist sie (l. 1 D. 10, 1), weil sie eine obligatorische Grundlage hat, eine Art von Eigenthums-Gemeinschaft in Folge der Grenzverwirrung, duplex (l. 10 l. c.), ist sie, weil jede Partei die Rolle als Kläger und Beklagter führt, und mixta, weil jeder Theil durch diese Klage das Seine wieder erlangen kann, was er durch die Grenzverwirrung entbehrte, (pro vindicatione est, l. 1 h. t.), bezüglich wegen der möglichen Adjudikation durch den Richter [37]).

Sie findet Anwendung in folgenden drei Fällen: entweder

36) Unterholzner, Verj. B. 1 S. 181 ff. Rudorff, gesch. Zeitschrift X S. 343 ff. Puchta, Inst. II §. 234. Bangerow, Pand. §. 658 Anm. — Karlowa, Beiträge z. Geschichte d. röm. Civilprozesses S. 141—162: Die controv. de loco sei immer als vindicatio behandelt worden.

37) Savigny, Syst. V S. 36. Ueber den Grund nach älterem Rechte, ib. S. 37 u. 89. Glück X S. 441, 442.

Digitized by Google

beide Nachbarn wiſſen die wahre Grenze nicht anzugeben, oder beide behaupten eine beſtimmte, aber von einander verſchiedne Grenzlinie, oder nur einer behauptet eine beſtimmte Grenzlinie, während der Gegner ſie beſtreitet[38]), ohne eine andere als richtig bezeichnen zu können[39]). Die von Wiederhold (Zeitſch. f. Civilr. u. Proz. B. 13 S. 35 ff.) aufgeſtellte Anſicht, daß unſere Klage keine Entwirrung verworrenen Eigenthums, ſondern eine zum Schutze gegen ſolche Verwirrung dienende Abſonderung des beiderſeitigen Eigenthums im Auge habe, daß ſie alſo, abgeſehn von jedem Grenzſtreite, nur die Abmarkung der Grundſtücke bei dem Mangel von Grenzzeichen bezwecke, hat weder in der Theorie noch in der Praxis Anerkennung gefunden[40]). Der Ausſpruch des Paulus in l. 1 h. t. licet pro vindicatione est, das Adjudikationsrecht des Richters, die Verurtheilung in das Intereſſe (si quis utilitatem aliquam ex eo loco percepit, l. 4 §. 1 h. t.) und dann l. 12 h. t. (sed demonstratio affinium novos fines inter fundos constituere) ſtehen jener Anſicht direkt entgegen. Wenn Hoffmann den Zweck der Klage dahin feſtſtellen will, daß entweder Grenzzeichen, wo keine vorhanden, der wahren Grenze gemäß aufgeſtellt, oder die aufgeſtellten gegen Verrückung und Zerſtörung geſichert, oder die zerſtörten wiederhergeſtellt[41]), oder die nicht der wahren Grenze gemäß aufgeſtellten Zeichen an die richtige Stelle gebracht, oder die vorhandnen Zeichen dahin geprüft werden, ob

38) Seuffert, Arch. XXX, 5 u. 289, dageg. V, 16, 17 (rei vindicatio).

39) Bangerow, Pand. §. 658 Anm. no. 3. Glück X S. 433, Zeitſchrft. ſächſ. N. F. XIX S. 444. Seuffert, Arch. V no. 56, XX, 33, XXI, 212, act. f. reg. qualificata genannt. Puchta, kleine Schriften S. 348 ff. Die Eintheilung hat keinen praktiſchen Werth.

40) Dagegen Sternberg l. c. S. 437. Hoffmann l. c. XXXI S. 496. Bangerow a. a. O. no. 3.

41) termini dejecti vel exarati l. 4 §. 4 h. t. Si irruptione fluminis fines agri confudit inundatio l. 8 pr. h. t.

Digitized by Google

ſie wahre Grenzzeichen ſind; ſo verwechſelt er den Zweck der Klage mit den Wegen und Mitteln, wie der Zweck zu erreichen iſt, und mit den verſchiedenen Richtungen, nach welchen hin die richterliche Thätigkeit ſich bewegen kann [42]).

Iſt die Grenze gewiß und unbeſtritten, ſo giebt es gemeinrechtlich [43]) eine Klage auf bloſe Vermarkung (Verlaagung) oder Verſteinung der Grenze nicht. Der Schluß, welchen Weiske macht: Da die Aufrechterhaltung der Grenzen im Zwecke des Rechts liegt, ſo muß dem Grundſtücksbeſitzer auch das Recht zuſtehn, die Herſtellung und Aufrichtung von Grenzzeichen zu beantragen, iſt nicht logiſch richtig. — Dagegen wird die act. f. reg. durch die Exiſtenz eines Zaunes, einer Hecke u. dgl. in der Gegend der Grenze an ſich noch nicht ausgeſchloſſen, weil hier ein Hinübertreiben in das Nachbargrundſtück möglich iſt [44]).

§. 105.

Die Klage iſt nur zuläſſig in Betreff der Grenzen zwiſchen praedia rustica, nicht aber bei dem confinium praed. urbanorum, ſelbſt nicht zwiſchen Gebäuden in agris [45]); hier wird die Vindication das geeignete Rechtsmittel zur Behauptung der Grenze ſein. Doch iſt die actio f. reg. bei Gärten, welche ſich an die Gebäude in Städten und Dörfern anſchließen, ausdrücklich zugelaſſen, wie ſie auch nicht ausgeſchloſſen iſt, wenn auf der einen Seite ein Gebäude (in agris) ſteht, (haec actio pertinet ad praed. rustica; quamvis aedificia interveniant).

42) Hoffmann l. c. S. 498, 499. Die Aufſtellung von Grenzzeichen iſt blos ein Mittel zur Sicherſtellung der Grenzberichtigung.

43) Anders nach Statuten und Partikularrechten; Preuß. Landr. I, 17 §. 383, 384. Badiſches Landr. §. 646. Sächſ. Civ.Geſ. §. 364. A. M. Seuffert, Arch. XX, 33.

44) Schmidt, hinterl. Abh. B. II S. 230. Holzſchuher, Kaſuiſt. II, 1 S. 126. Seuffert, Arch. V no. 16.

45) l. 2 pr. l. 4 §. 10 h. t. Puchta, Zeitſchr. f. Recht und Geſetzgeb. Hft. 2 St. 1. Seuffert, Arch. XIV, 29.

Digitized by Google

Von einem confinium ist ferner nicht die Rede, mithin auch nicht von der Grenzregulirungsklage, wenn ein öffentlicher Weg oder Fluß zwischen den betreffenden Privatgrundstücken liegt. Ein flumen privatum oder ein Privatweg, die Theile eines Privatgrundstücks sind, schließen die Klage nicht aus[46]).

Aus Anlaß der c. 3 u. 12 X. de praebendis 2, 19 hat man die Klage auch bei Streitigkeiten über die Grenzen von Gerechtigkeiten (z. B. Jagd, Gerichtsbarkeit) zugelassen. — Ja man will sie sogar ausdehnen auf den Streit über Grenzen von Servituten (praed. rusticorum) und über den Umfang von Gewerbebefugnissen zwischen Handwerkszünften[47]). Daß darin ein nicht zu rechtfertigendes Verfahren liegt, bedarf wohl keiner näheren Begründung. Wenn endlich Sternberg auch die Grenzen von Gemeindebezirken der Klage unterstellen will, so hat er übersehn, daß die Feststellung solcher Grenzen im Verwaltungswege zu erfolgen hat.

In diesem judicium können als Partei auftreten: der Eigenthümer, aber auch der Emphyteuta, der Nutznießer und Pfandgläubiger[48]), folglich auch der bonae fidei possessor, l. 4 §. 9 D. h. t. l. 5 §. 3 D. 47, 7. Die Klage wird gleichsam inter ipsos fundos verhandelt, die Besitzer fungiren als Vertreter des fundus, l. 4 §. 5 h. t.: quoniam magis fundo, quam personis, fines adjudicari intelliguntur. Die adjudicatio kommt immer dem Eigenthümer zu Gute, nicht dem Nutznießer u. s. w. — Unter Miteigenthümern findet die Klage nicht statt, selbst dann nicht, wenn es sich um die Grenze mit einem Grundstück handelt, welches einer derselben allein be-

46) l. 4 §. 11. l. 5. l. 6 D. h. t.

47) Holzschuher, Casuist. II, 1 S. 129 no. 19. Sternberg a. a. O. S. 438. Glück l. c. S. 466. Seuffert, Arch. XXVI, 14.

48) Diese beiden ohne Präjudiz für den Eigenthümer (?) Seuffert, Arch. XXII, 44, XXVI, 14.

Digitized by Google

ſitzt, quia ego et socius meus in hac actione adversarii esse non possumus, sed unius loco habemur, l. 4 §. 6. 7 h. t. [49]).

Die Klage erliſcht nicht nach der Erhebung durch Veräußerung des Grundſtücks; manet, quamvis socii comm. dividundo egerint, vel alienaverint fundum, l. 9 h. t.

In c. 1 §. 1 C. 7, 40 unterwirft Juſtinian unſere Klage der Verjährung in 30 Jahren [50]). Dies kann offenbar nicht den Sinn haben, daß eine Grenzverdunkelung, die 30 Jahre gewährt hat, nun ewig fortdauern ſoll, ſondern kann nur bedeuten, daß wenn der eine Theil ein Stück Landes, welches durch die Grenzſtreitigkeit berührt wird, 30 Jahre beſeſſen hat, hinſichtlich dieſes Stücks die actio f. reg. nicht mehr geſtattet iſt [51]). Mit der Regulirung des Beſitzſtands [52]) hat ſonſt die actio f. reg. nichts zu ſchaffen.

Wegen der Duplicität der Klage kann jeder der beiden Grundſtücksnachbarn Kläger und Beklagter ſein [53]); als Kläger wird zunächſt derjenige angeſehn, welcher den Antrag auf Grenzregulirung geſtellt hat [54]). Beide Parteien ſind berechtigt und thatſächlich genöthigt, Beweis zu führen und Beweismittel anzugeben [55]); als ſolche können Zeugen, Urkunden, Flur- und Grenzbücher, ev. auch Lagerbücher, Steuerkataſter, Flurkarten, Croquis u. dgl., ſelbſtverſtändlich auch Sachverſtändige, na-

49) A. M. iſt Sintenis, Civilr. §. 122 Anm. 45. — Das Urtheil für und gegen einen Miteigenthümer wirkt gegen die andern socii; l. 4 §. 5: licet plures dominos habeat.

50) Vgl. c. 6 C. 3, 39.

51) Hoffmann l. c. S. 517. Sternberg S. 438. Unterholzner, Verjährungslehre II §. 181. Glück S. 453. Windſcheid §. 450, 10.

52) A. M. Hoffmann l. c. S. 518. Sternberg l. c. S. 434, 435. Glück S. 242. Dagg. Seuffert, Arch. XXI, 212.

53) l. 11 §. 2 D. h. t. l. 37 §. 1 D. 44, 7.

54) l. 2 §. 1 D. 10, 3. Glück S. 242.

55) c. 3 X. 2, 19.

Digitized by Google

mentlich Geometer, benutzt werden. — Künstliche Grenzzeichen haben vor den natürlichen, Urkunden in der Regel vor Zeugen den Vorzug, l. 10 D. 22, 3. In finalibus quaestionibus vetera monumenta, census auctoritas ante litem inchoatam ordinati sequenda est, l. 11 h. t. — Die älteren Grenzzeichen verlieren aber ihre Kraft, wenn die Grenzen in neuerer Zeit durch die Betheiligten, namentlich bei Veräußerung, Tausch u. s. w. auf giltige Weise anders bestimmt worden sind[56]). — Wer eine bestimmte Grenze behauptet und einen bestimmten Theil eines Grundstücks in Anspruch nimmt, hat den Eigenthumserwerb daran (Tradition, Ersitzung u. s. w.) zu beweisen; f. r. actio pro rei vindicatione est[57]).

§. 106.

Der Richter muß zunächst zu ermitteln suchen[58]), ob Grenzzeichen vorhanden, und ob die vorhandenen wahre und richtige Grenzzeichen sind. Kommen Flurkarten, Croquis u. dgl. in Betracht, so fragt sich, ob sie nach ihrer Entstehung und Beschaffenheit die Grenzen genau fixiren sollen und können, namentlich ob sie unter Zuziehung der betheiligten Grundstücksbesitzer gefertigt sind, oder ob sie nur den Zweck haben, die Lage und das ungefähre Bild der Grundstücke anzugeben. Im letztern Falle liefern sie keinen vollen Beweis[59]). Der Richter ist nicht auf die Beweismittel der Parteien beschränkt, sondern kann ex officio Augenschein einnehmen und andere zweckdienliche Erörterungen vornehmen[60]). Deshalb ist auch der Kläger, der eine bestimmte Grenze behauptet und nicht erweist, nicht mit der

56) l. 11. l. 12 D. h. t. c. 1. 2 C. 3, 39.

57) Seuffert, Arch. XXXIII, 289.

58) Hoffmann l. c. S. 523 ff.

59) Geltung bis zum Gegenbeweis, Zeitschrift sächs. N. F. B. 38 S. 412.

60) Namentlich Geometer beiziehen, l. 8 §. 1 D. h. t.

Digitized by Google

Klage abzuweiſen, ſondern die Sache weiter zu erörtern und iſt dem Reſultate gemäß definitiv zu erkennen[61]). Iſt die wahre Grenze nicht zu ermitteln, ſo iſt der nachgewieſene Beſitzſtand entſcheidend[62]). Iſt ein ſolcher nicht nachzuweiſen und in keiner Weiſe die richtige Grenze zu ermitteln, ſo iſt der Richter befugt, das ſtreitige Stück als res communis zu betrachten und zwiſchen den Parteien zu theilen[63]). Der Richter kann ferner die ermittelte Grenze an eine andere Stelle verlegen und ihr eine andere Richtung geben, wenn dies um der Sicherheit der Grenze willen angemeſſen erſcheint; z. B. es wird die Grenze durch einen Bach gebildet, der ſeinen Lauf oft ändert, oder ſie zieht ſich an einem Abhange hin, der zum Abrutſchen geneigt iſt. Derjenige, welcher weniger Areal bekommt, als ihm nach der früheren Grenze gebührt, iſt vom Gegner in Geld zu entſchädigen (adjudicatio et condemnatio)[64]). Die Beſtimmung in l. 4 §. 4 h. t.: si dicantur termini dejecti vel exarati, judex, qui de crimine judicat, etiam de finibus cognoscere potest, iſt heut nicht mehr anwendbar, eben ſo wenig die in c. 4 C. 3, 39 geordnete Strafe für eine Uſurpation während des Prozeſſes, die darin beſteht, daß der Kläger des uſurpirten Theils des Grundſtücks verluſtig gehn ſoll[65]). Auch die Verordnung Conſtantins aus dem J. 330, c. 3 C. 3, 39[66]), dürfte für eine lex fugitiva zu

61) A. M. Hoffmann l. c. S 520. Dagegen Seuffert, Arch. XXVI, 13, XIV, 29.

62) Vielleicht ſoll c. 3 C. 3, 39 dieſen Sinn haben; ſ. unten. c. 3 X. 2, 19. Seuffert, Arch. XXIII, 129, XXIV, 215, XIV, 136.

63) l. 2 §. 1 D. h. t. Sternberg l. c. S. 435. Bangerow, Pand. §. 658. Windſcheid, Pand. §. 450. Ueber die Adjudikation hier Hoffmann l. c. XXXV S. 350 ff.

64) l. 2 §. 1. l. 3 D. h. t. §. 6 I. 4, 17. Zeitſchr. ſächſ. N. F. XIX S. 444. Sternberg a. a. O. Hoffmann l. c. XXXI S. 511.

65) Windſcheid, Pand. §. 128.

66) Si quis super sui juris locis prior de finibus detulerit querimoniam, quae proprietatis controversiae cohaeret, prius super possessiones

Digitized by Google

halten sein. Die Worte: de finibus fehlen im Cod. Theod., und die Stelle: quae proprietatis controversiae cohaeret lautet dort, quae finali cohaeret de proprietate controversiae. Es ist also von einer controv. de loco die Rede, und der Passus prius super possessiones quaestio finiatur bezieht sich wahrscheinlich auf die dabei gestattete Usucapion, welche von Justinian beseitigt worden ist. Die Erörterung des bloßen Besitzstandes kann hier nicht gemeint sein, denn durch Feststellung des Besitzes allein wird der Streit nicht definitiv erledigt, was doch die Stelle voraussetzt (tunc agrimensor ire praecipiatur ad loca, ut patefacta veritate hujusmodi litigium terminetur) [67]).

Zu dem officium judicis gehört auf Antrag der Parteien endlich noch die Verurtheilung des Klägers wie des Beklagten in Nebenleistungen, Ersatz von Unkosten [68]) oder Schaden, Herausgabe gezogner Nutzungen ꝛc. Regelmäßig kommen nur die nach der Litiskontestation gezogenen Früchte in Betracht, die vorher gezognen nur, wenn sie noch vorhanden sind. Die consumirten können von dem b. fid. possessor gar nicht, von dem mal. fid. possessor nur mit einer besonderen condictio gefordert werden [69]). Einer Vereinigung der letztern mit der act.

---

quaestio finiatur, et tunc agrimensor ire praecipiatur ad loca, ut patefacta veritate hujusmodi litigium terminetur.

67) Unpraktisch ist auch l. 7 h. t. de modo agrorum; sie bezieht sich auf agri assignati, Cujac. 5 ob 5, 21. Ob c. 3 cit. sich nicht auch hierauf bezieht?

68) Si mensor conductus sit ab altero l. 4 §. 1 h. t.

69) l. 4 §. 1. 2 D. h. t. Windscheid §. 450 nota 8. — „Inique damnatio eo nomine fiet" hat Bedenken erregt (Glück, Pand. X S. 445 Anm. 63, Sintenis, Anm. 1 im deutsch. Corp. juris und Windscheid l. c.). Zu erwägen ist die persönliche Natur der Klage, gestützt auf ein thatsächliches Verhältniß, bei dem dolus und culpa nicht in Frage kommen können, weil keine gewollte Obligation vorhanden. Die Tendenz der Klage geht auf eine Auseinandersetzung von Nachbarn pro futuro,

Digitized by Google

fin. reg. steht h. z. T. nichts entgegen [70]). Die l. 56 D. 10, 2 (praeteriti quoque fructus venient) ist aus l. 4 §. 2 h. t. zu erklären; denn beide Stellen stammen von Paulus lib. 23 ad edictum [71]). Der Richter kann endlich eine Strafe erkennen, si quis judici non pareat in arbore succidenda vel aedificio in fine posito deponendo, parteve ejus, l. 4 §. 3 h. t.

Das Verfahren über die act. f. reg. erfolgt nach Maßgabe der Prozeßgesetze. Die Schwierigkeiten, welche gerade für einen Grenzstreit die Verhandlungsmaxime darbot [72]), sind durch die Civilprozeß-Ordnung für das deutsche Reich beseitigt. Der Gerichtsstand wird regulirt durch §. 25 und §. 6 dieser Prozeßordnung. Außerdem kommen besonders §. 236, 240, 251—253, 255—259 in Betracht [73]). Wegen der Prozeßkosten finden die §§. 87—100 Anwendung.

wie die cautio d. inf., und die aquae pl. arc. actio, mit welcher Cicero die fin. reg. actio häufig zusammenstellt. Nur von der Klagerhebung an kommen deshalb dolus, culpa, Früchte, Auslagen zum Zweck der Grenzfeststellung (mensor conductus) in Betracht; es liegt dies in dem Nachbarverhältniß und in der zufälligen Veranlassung der Klage. Hinter fiet ein Fragezeichen zu setzen, ist hiernach unrichtig und würde mit §. 2 nicht übereinstimmen. Die condictio der mala fide consumirten Früchte hat keinen Zusammenhang mit der fin. reg. actio, sondern wurzelt in einem ganz andern Boden. Ihr entspricht bei der aquae pl. arc. actio das Interdikt quod vi aut clam.

Von einer Rechtsverletzung ist bei der fin. reg. nicht die Rede, sondern nur von einer zufälligen Rechtsverwirrung, daher kann auch nicht von einem widerrechtlichen Eingriffe in fremdes Eigenthum und darauf basirenden Ansprüchen die Frage sein. So wird auch bei der aquae pl. arc. a. dem Usufructuar die vindicatio ususfructus verweigert wegen eines durch Regenwasser schadenden Werks, l. 22 pr. D. 39, 3. — Von der fin. reg. wird gesagt: non lis, sed jurgium.

70) Siehe Windscheid l. c.

71) Bangerow §. 658 not. 5.

72) Das richterliche officium hier (l. 2 §. 1. l. 3. l. 8 §. 1) steht mit der reinen Verhandlungsmaxime in Widerspruch.

73) Durch §. 259 sind die Bestimmungen über den Vorzug einzelner Beweismittel beseitigt.

Digitized by Google

§. 107.

Zu den Verpflichtungen des Verkäufers gehört auch, daß er dem Käufer die Grenzen des verkauften Grundstücks bezeichnet (fines ostendere); es kann ihn der Käufer dazu mit der actio emti anhalten [74]). Ist die Grenze nicht gezeigt, oder überhaupt nur ein aliquoter Theil des Grundstücks oder ein bestimmtes Maß davon verkauft worden, so kann der Käufer auch nicht mit der act. fin. reg. gegen den Verkäufer vorgehn, sondern er muß mit der actio emti auf Gewährung dieses Theils oder Maßes, den Verkäufer belangen. Dieser ist zu verurtheilen, dem Kläger dies Maß zu gewähren; die geometrische Feststellung der Quote oder des Ackergehalts gehört in die Exekutionsinstanz.

74) l. 63 §. 1 D. 18, 1. l. 48 D. 19, 1. l. 12 h. t. c. 1 C. 3, 39.

Digitized by Google

X. Abſchnitt.

Vorhäupter, Traufrecht, Winkelrecht, Ueberhang.

§. 108.

Mit der Eigenthumsgrenze ſtehn in nächſter Beziehung und werden als eine Art Eigenthumserweiterung aufgefaßt:

I. Die Vorhäupter auf dem Lande. Sie ſind ſchmale zwiſchen der Dorfſtraße und den Häuſern liegende Streifen Landes, die von den Beſitzern dieſer Häuſer gleichſam wie ihr Eigenthum benutzt werden [1]). Hommel rhaps. obs. 301 ſagt von ihnen: „Natos ex arboribus fructus in ora praediorum rusticorum (Vorhäuptern) positis more Germanico non ad universitatem, sed dominum fundi pertinere exemplis et inductione propemodum universali facile probatur.“ Allein wir finden weder bei früheren Schriftſtellern, noch in den alten deutſchen Rechtsquellen eine Spur eines ſolchen Nutzungsrechts in Geſtalt einer deutſchen Gewohnheit.

Die einzige Andeutung auf jenes Nutzungsrecht begegnet uns in dem Rechtsbuche nach Diſtinktionen, B. II cap. II d. 11: „Eyn iczlich man hat vorne und hindene vor siner ho-

1) Eine halbe Elle breit nach Weiske, Landwirthſchaftsr. §. 231. Das App.Ger. in Leipzig geſtattet das Bebauen des Vorhaupts mit Gebäuden. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1862 S. 401, nach m. A. mit Unrecht; ſo lange nicht ein anderer Rechtstitel nachgewieſen, geſchieht die Nutzung precario.

Digitized by Google

vereyt nicht, wen also verne also sin trouffe reychet. Do magk he hinder thun unde were legen, waz her wel, daz nicht wedder recht ist. Holcz unde mist mag eyn man wol vor sine hovereyt legen uf eyne bescheyden zeit noch kore und geseccze des rates unde der gemeyne im weichbilde —"

Dieselbe Vorschrift enthält das Eisenach'sche Rechtsbuch III 18 (bei Ortloff B. 1 S. 112 und 708). Es ist hier aber nicht von einem allgemeinen Gewohnheitsrechte die Rede, sondern es handelt sich um statutarisches Recht, und die Berechtigung des Haus- resp. Gutsbesitzers kann nicht als ein Eigenrecht (jus proprium) aufgefaßt werden, sondern stellt sich als ein Vortheil dar, welchen er als Gemeindemitglied kraft seines Nachbarrechts (jure civitatis — l. 2 §. 2 D. 43, 8) genießt, denn die Vorhäupter müssen als Bestandtheile der Dorfgasse, also als Gemeindeeigenthum angesehn werden.

Wo nun das fragliche Nutzungsrecht nicht auf Statut und Gemeindeordnungen sich gründet, da ist es unter folgendem Gesichtspunkte aufzufassen. Theils wegen der Dachtraufe, theils wegen der bequemeren Ein- und Ausfahrt wurde der Dorfweg nicht unmittelbar an die Häuser gelegt, sondern ein mäßiger Zwischenraum gelassen. Diese Plätze lassen eine geregelte Benutzung Seiten der Gesammtheit nicht zu und sind für diese meist ohne erheblichen Werth. So hat denn der Hausbesitzer den Platz benutzt; der Eine sieht dem Andern nach, was ihm selber genehm und von Nutzen ist, und es beruht demnach diese Benutzung der Vorhäupter auf der Nachsicht und Konnivenz der Gemeinde. Sie fällt also rechtlich unter den Gesichtspunkt eines Precarium und kann folglich durch Gemeindebeschluß wieder entzogen werden [2]);

2) Hagemann, Landwirthschaftsrecht §. 104 nota 8 ist der Ansicht, daß sich hier ein precarium nicht vermuthen lasse.

Digitized by Google

das Verhältniß wird ganz treffend bezeichnet von Paulus, rec. sent. V. 6 §. 11: „precario possidere videtur — qui nullo voluntatis indicio, patiente tamen domino, possidet.“ Hieran ändert auch das Einzäunen des Platzes oder das Bepflanzen desſelben nichts. Es fließt aber aus dieſen Erwägungen die Regel, daß derjenige, welcher an einem Vorhaupte ein Eigenrecht (jus proprium) behauptet, den Erwerb desſelben durch einen beſondern Rechtstitel nachzuweiſen hat [3]).

§. 109.

II. Das Traufrecht. Hommel l. c. obs. 301 lehrt darüber: was auf den Dörfern die Vorhäupter, das ſei in den Städten das Traufrecht (impluvium externum) sub dio ad usum aedificii relictum ideoque aedium pertinentiis adnumerandum. Si hoc displiceat, dic quaeso eam servitutem necessariam, ubi publicum servit privato. Er folgert daraus eine Klage gegen den Magiſtrat oder andere Bürger, welche innerhalb des Trauf-Raumes gegen den Willen des Hausbeſitzers etwas unternehmen. Die Breite betrage (si architectas consulas) ſechs Viertel Leipziger Elle; l. 30 §. 3 D. 8. 2 beſtimme klar, daß der Nachbar nicht auf dem Raume, ſoweit unſere Dachtraufe reiche, bauen dürfe.

Hommel hat eine Begründung ſeiner Anſicht nicht gegeben [4]). Die einzige Stelle, welche angezogen wird, paßt nicht im Mindeſten hierher, denn ſie handelt von der servitus stillicidii; das Traufrecht aber ſoll ja Ausfluß oder Pertinenz des Eigenthums ſein.

Weiske im Landw. §. 231 folgt Hommel nach ohne wei-

3) Als Eigenthum der Gemeinde werden die Vorhäupter anerkannt in S. Altenburg'ſcher Land.-Ord. 1. Samml. pag. 239.

4) Er zitirt Zinkius, lexic. oecon. verbo Traufe.

Digitized by Google

tere Begründung oder Ausführung seiner Ansicht [5]). Eine ausführliche Behandlung des Traufrechts finden wir dagegen in C. O. Weiske, Abhandl. prakt. Rechtsmaterien; Leipzig 1829 S. 83. Das Traufrecht des Sächs. Rechts, heißt es hier, muß aus der Idee abgeleitet werden, daß jede Immission in ein fremdes Gebiet verboten ist. Es umfaßt mehr als die serv. stillicidii und beruht auf der Vermuthung, daß der Eigenthümer um die Breite des Traufraums von der Grenze abgewichen sei, vorbehältlich des Beweises des Gegentheils. Zulässig ist es nur bei der Vorderseite der Gebäude, nach Gassen und Plätzen hin, und umfaßt jede dem Gemeinwesen nicht zuwiderlaufende Benutzung des Raumes, einschließlich der Luftsäule. In Städten muß der Eigenthümer deshalb diesen Raum auch pflastern. Es gilt nicht nach den Seiten der Gebäude hin, auch nicht bei Höfen (Sächs. L.R. II, 49, Weichbildr. art. 124), dagegen bei Gärten und Feldern. Als Breite wird 1½ Elle angenommen, vielleicht nach S. Landr. II, 51, vielleicht aus technischen Gründen. Hommel will es auch auf bedeckte Mauern nach öffentlichen Wegen hin anwenden; auf Mauern, die an Privateigenthum grenzen, passe das nicht, der Adjazent würde einen Streifen Landes einbüßen. —

Auch diesen Versuch, ein Traufrecht jure dominii zu konstruiren, halte ich für mißlungen. Die Präsumtion, daß der Eigenthümer um die Breite des Traufraums von der eigentlichen Grenze abgerückt sei, hat kein sicheres Fundament. Das Verbot der Immission beschränkt sich nur auf Privatgrundstücke, in publicum locum ist sie erlaubt, wenn einem Andern nicht damit geschadet wird. Weiske gesteht dann selbst zu, daß der Eigenthümer jenen Raum nicht beliebig, sondern nur in soweit, als es dem Gemeinwesen nicht zuwider läuft, benutzen darf; und

---

5) Desgl. Wochenbl. 1845 S. 10. Curtius, Handbuch des sächs. Civilrechtes §. 612 b not. 5.

Digitized by Google

warum soll zweitens die Vermuthung nur gegen die Straße hin gelten, und nicht gegen des Nachbars Hof hin? Im Gegentheil möchte man veranlaßt sein, sie gerade im letzten Falle gelten zu lassen, weil hier die Vorschrift gilt, daß kein Hausbesitzer dem andern die Dachtraufe zuweisen darf[6]). Weiter kann diese Präsumtion nur als eine faktische anerkannt werden, und darauf läßt sich ein Rechtsinstitut wohl nicht gründen. Endlich die Breite des Traufrechts, die Verpflichtung zu pflastern, dies Alles ist rein willkürlich, ohne jeden positiven Anhalt.

Der rechtliche Grund jener Vortheile, welche der Hausbesitzer nach der Straße hin genießt, ist in etwas ganz Anderem zu suchen. Er beruht in dem Wesen der zu öffentlichem Gebrauche bestimmten Straßen, Wege, Plätze u. s. w. Diese kann jeder Bürger benutzen, in soweit er dadurch den gemeinen Gebrauch nicht behindert und dem Nachbar nicht Schaden zufügt[7]). Nun sind die Straßen einer Stadt, abgesehen von der öffentlichen Passage, auch dazu bestimmt, daß die Häuser dahin ihre Fenster, ihre Ausgänge haben, ihr Regenwasser ꝛc. abgeben, und daraus folgt dann die Befugniß der Hausbesitzer, die Dachtraufe in die Straße fallen, Fenster und Thüren dahin öffnen zu lassen und das zu verhindern, was ihnen diese Vortheile abschneidet, z. B. den Eingang verhindert, das Licht entzieht[8]).

Es kann auch der Hausbesitzer durch besondere Rechtstitel, namentlich auch durch Verjährung, eigene Rechte (jura propria) erwerben, z. B. Servituten[9]) und ähnliche Berechtigungen.

6) Sächs. Landrecht II, 49.

7) l. 2 §. 2 D. 43, 8: „Loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, jure scilicet civitatis, non quasi propria cujusque, et tantum juris habemus ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet.

8) Vergl. §. 49 oben und 70 unten. Heimbach, Rechtslexikon B. X S. 234.

9) Vergl. §. 71 unten. Rechtslex. von Weiske, B. 10 S. 234.

Digitized by Google

Dagegen ist ihm nicht gestattet, seine Dachtraufe auf öffentliche Gartenanlagen fallen zu lassen oder auf Gemeindegrundstücke, die nicht zum öffentlichen Gebrauche bestimmt sind, z. B. Felder, die in Pacht gegeben sind, wenn er eine Befugniß hierzu nicht durch spezielle Rechtstitel erworben hat; eben so wenig darf er sein Haus soweit, als die Dachtraufe reicht, etwa vorrücken.

Wenn Curtius a. a. O. §. 984 nota b um ein Traufrecht jure dominii zu deduziren, sich auf Caepolla, tr. de serv. praed. urb. cap. 41 beruft, so begreift man nicht, mit welchem Grunde. Caepolla sagt: „aut ex forma statuti vel consuetudinis introductus est modus, secundum quem porrigi possit stillicidium, et ille modus servandus est. Aut nullus modus aedificandi est statutus, et tunc teneo, quod nullus possit de jure aedificare, porrigendo ipsum supra solum publicum, quia ita debet esse liberum solum publicum [10]) sicut privatum. Si vero esset consuetudo vel statutum in contrarium, sîcut est communiter in his partibus, consuetudo est attendenda".

Die Berechtigung des Hauseigenthümers, den Raum vor seinem Hause in beschränkter Maße zu benutzen, ist gar nicht spezifisch deutsches Recht, sondern findet sich schon bei den Römern, weil sie eben in der Natur der Sache und dem Bedürfnisse nothwendig begründet ist. Seine Thüren und Fenster nach der Straße schlagen zu lassen, Stufen vor die Thüre zu legen, Waaren vor dem Hause auszuhängen, Fensterläden, Marquisen und dergl. außen am Hause zu haben ꝛc., dies Alles sind Ausflüsse jener Berechtigung, die nicht in dem Eigenthumsrechte wurzelt, sondern in dem Gemeinde- oder Nachbarrechte, jure civitatis, wie es in l. 2 §. 2 D. 43, 8 ausgedrückt wird. Es

10) Dieser Grund paßt nicht, wie sich aus l. 2 §. 2 D. 43, 8 ergiebt.

Digitized by Google

dürfen dem Hausbesitzer die Fenster, die nach der Straße gehen, nicht verdunkelt werden (l. 2 §. 6 ib.), es darf ihm die Aussicht nicht geschmälert, noch der Eingang erschwert werden (l. 2 §. 12 ib.), der Färber oder Walker darf Kleider zum Trocknen vor dem Hause aufhängen, der Stellmacher Räder aufstellen (l. unic. §. 4 D. 23, 10). Man darf nach der Straße hin Thüren in seinem Hause beliebig anbringen; l. 41 §. 1 D. 8, 2: „Lucius Titius, aperto pariete domus suae, quatenus stillicidii rigor et tignorum protectus competebat, januam in publico aperuit. Quaero: quum neque luminibus Publii Maevii vicini, neque itineri vicini officeret, neque stillicidium in vicini domo caderet [11]), an aliquam actionem Pub. Maev. vicinus ad prohibendum haberet? Respondi: secundum ea, quae praeponerentur, nullam habere [12])".

Der Platz vor dem Hause ist also und bleibt solum publicum; folglich hat der Eigenthümer ohne speziellen Rechtstitel nicht die Befugniß, den Platz einzuzäunen, mit Prallsteinen und Ketten abzusperren u. dgl., noch hat er, wo nicht Herkommen oder Statuten ihn verbinden, die Verpflichtung, jenen Platz auf seine Kosten zu pflastern. Er kann ohne Entschädigung durch Gemeindestatut gezwungen werden, die Dachtraufe durch Dachrinnen zu beseitigen, die Stufen zu entfernen u. s. w.

Man hat wohl auch das fragliche Traufrecht auf ein allgemeines Gewohnheitsrecht stützen wollen; allein auch dies

---

11) Es mußte demnach ein überdachter Ausbau sein. (Vergl. noch c. 11 Cod. 8, 10 und über rig. stillic. l. 1 §. 5 D. 43, 12). Die Uebersetzung im deutschen Korp. juris halte ich für unrichtig, insbesondere die Voraussetzung einer Servitut, die dem Nachbar zugestanden haben soll. Der stillic. rigor und tignorum projectus beziehen sich, wie quatenus competebat genügend andeuten, auf Lucii Titii domus.

12) l. 3 §. 7 D. 43, 17.

Digitized by Google

läßt sich nicht rechtfertigen[13]), eben so wenig läßt sich ein Gerichtsgebrauch nachweisen.

Das Sächs. Landrecht und das Magdeb. Weichbildrecht bieten uns nichts dar über ein Traufrecht jure dominii, obwohl bei lib. II art. 40 resp. Art. 124 die Veranlassung, darüber sich auszusprechen, sehr nahe lag. Der vermehrte Sachsenspiegel (B. II cap. 2 dist. 11) erwähnt des Traufrechts, aber nicht unter dieser Bezeichnung und nicht als ein Eigenthumsrecht, sondern als Ausfluß des Gemeindebürgerrechts: „Do magk he hinder thun und were legen waz her woll, daz nicht weder recht ist" — und läßt dann polizeiliche Bestimmungen über Holz, Mist und Zulagen, die da niedergelegt werden, folgen. Auf gleiche Weise spricht sich das Eisenach'sche Rechtsbuch (III, 18) aus, bemerkt aber auch, daß die fragliche Bestimmung Weichbild- (Stadt)-Recht sei. In dem Purgoldt'schen Rechtsbuche (B. II, art. 131) lautet der Satz: „Eyn igliches Hues in eyner stadt das hat anderthalbin Fueß vor seiner thor, das ome nymandt in deme rechtin widder seinen willen bekrodin soll" — er wird aber ausdrücklich als Stadtrecht bezeichnet. Die Freiberger Statuten[14]) bestimmen: „Ein jeglicher Mann, der Haus und Hof hat, der hat Gewalt und Friede, als ferne seine Traufe fällt, daß da Niemand gehen noch gefahren mag wider seinen Willen".

Alle diese Rechtsdenkmäler beweisen, daß das sog. Traufrecht nicht als ein Eigenthumsrecht, sondern als ein beschränktes Nutzungsrecht aufzufassen ist, welches in dem Gemeindebürgerrechte wurzelt. Auch tritt es als etwas Lokales, auf Statuten

---

13) Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1851 S. 401. 1859. S. 303. Ackermann, Rechtssätze B. 10 S. 96.

14) Bei Walch 3, 179. Grimm, Rechtsalterthümer S. 549. Die Ulmer Bau-Ordnung tit. X §. 1 scheint ein Traufrecht nach der Nachbar-Seite hin anzunehmen.

Digitized by Google

Fußendes, nicht als gemeines Kaiser- oder Landrecht auf, und es will mir sehr gewagt erscheinen, aus einzelnen Lokalstatuten ein allgemeines Gewohnheitsrecht zu konstruiren.

Während nach Weiske das Traufrecht in der Regel nur nach der Straße hin Statt haben soll, kommt es als Eigenthumsrecht in älteren Urkunden gerade nach der Seite hin, den Hausnachbarn gegenüber, vor. „An welchem Ort einer den drüppenfall hat, muß nach stadtrechten demselben drittehalb fuß gewichen werden". (Unner Stat.) „Eine lebendige Hecke hat an des Nachbars Grunde einen Tropfenfall von 1½ Fuß, weil ihr Anpflanzer so viel an seinem eigenen Grunde liegen lassen muß". (Dellbrücker Landr. p. 24.) — Purgoldts Rechtsbuch II, 131: „Eyn ichlichs hues in eyner stadt had anderthalbin fues vor seiner thor, das ome nymant in deme rechtin widder seinem willen bekrodim[15]) sol, es hat undt sal ouch habenn zuschen seine nackebure ouch eyn iglicher anderthalbin fues und dorummb szo sal eyn iglich gelenge zwuschen zwen hawsern, do beyde trouffe invallin, dryer fusse with sein. Kerit aber eyner seinen gebel kegin seines nackeburs trouffe, sco mag her seinen gebel setzenn, do sein anderthalb fuess wendet in die lengen — statrecht" (bei Ortloff B. 2 S. 87).

Das sogenannte Traufrecht jure dominii (empluvium), wollte man es auf ein Gewohnheitsrecht stützen, müßte erforderlichen Falls erst bewiesen werden. Die Analogie des römischen ambitus[16]) heranzuziehen, erscheint offenbar unzulässig, denn der ambitus ist ein so spezifisch römisches Institut und unseren Sitten und Gewohnheiten so fremd, daß er in jeder Beziehung für das praktische Recht als historische Antiquität zu be-

15) Vexare, turbare.

16) Wie die sächs. Gerichtshöfe thun.

Digitized by Google

trachten ist. — Da es Rechtssatz ist, daß der Hausbesitzer seine Dachtraufe nicht dem Nachbar zuweisen darf, so spricht eine faktische Vermuthung dafür, daß der Streifen Landes, soweit meine Dachtraufe reicht, mein Eigenthum sei, es versteht sich, wenn nicht unzweifelhafte Grenzzeichen oder andere Thatsachen das Gegentheil ausweisen, und nur im Gegenüber von Privateigenthum, als Nachbargrundstück. Diese Vermuthung kann als Beweis-Beihilfe benutzt werden.

§. 110.

III. Winkelrecht. — Unter Winkel versteht man einen zwischen zwei Häusern liegenden schmalen unbebauten Platz (Schlucht)[17]. Man unterscheidet trockne Winkel, welche lediglich den Zweck haben, den Gebäuden an dieser Seite Luft und Licht zuzuführen oder als Zugang bei Bauten oder Reparaturen[18]) oder zur Entfernung des in den Gehöften erzeugten Düngers und andern Unraths zu dienen, — und nasse Winkel[19]), welche dazu bestimmt sind, die Dachtraufe oder auch Abtritte aufzunehmen, oder die in den Gehöften sich sammelnden Feuchtigkeiten abzuführen. Der Charakter eines nassen Winkels wird bedingt durch indicirende Anlagen, Gräben, Kanäle u. dgl. Für die Benutzung dieser Winkel giebt der bisherige Gebrauch so lange die Norm, bis von der einen oder der andern Seite eine Ausdehnung oder Einschränkung auf Grund eines Vertrags, einer Servitut, der Verjährung u. s. w. nachgewiesen wird[20]). Diese

17) Vergl. Stölzel, Arch. f. prakt. Rechtsw. N. F. IV, S. 1—41. Schilter, prax. jur. rom. XVIII §. 22. Statuta Francf. p. 8 t. 7 §. 9, 16. Fronsberger Bauordn. l. 1 c. 23.

18) Hommel, obs. 301 §. 9.

19) Von diesen sprechen Berger, oec. jur. II, 3 §. 12. Hommel, obs. 301 §. 9; aber nur in Betreff der Dachtraufe. Letzterer nennt den Winkel compluvium.

20) l. 12. l. 28 D. 10, 3. l. 11 pr. D. 8, 5.

Digitized by Google

Winkel können in getheiltem Eigenthum sich befinden, selbst bei gemeinschaftlichem Gebrauche. Es ist eine societas des Gebrauchs vorhanden, wenn ein stillschweigend oder ausdrücklich abgeschlossener Vertrag ihr Ausgang ist[21]; eine Vermuthung für die geschlossene Winkelsocietät läßt sich juristisch nicht rechtfertigen[22]. Das Eigenthum des Winkels kann aber auch gemeinschaftlich sein, entweder in der Form einer communio incidens, oder als societas rei, wenn jeder Nachbar ein Stück Landes zum Winkel hergegeben hat[23]. Im ersten Falle findet zwischen den Nachbarn die actio communi dividundo, im zweiten die actio pro socio bei Störungen und Streitigkeiten Statt, insbesondere wenn eine dem Zwecke des Winkels widersprechende Benutzung in Anspruch genommen wird[24]. Ob communio oder societas rei vorhanden, ist nöthigenfalls zu beweisen, es ist das eine Thatfrage. Die societas kann sich, wenn die Kontrahenten nicht mehr Besitzer sind, durch Fortsetzung des Verhältnisses in eine communio verwandeln[25]. Sie kann durch Kündigung oder Theilungsvertrag nicht aufgehoben werden; aber mit der Beseitigung des betheiligten Gebäudes fällt auch die Gemeinschaft[26]. — Im Zweifel muß der Winkel als gemeinschaftliches Eigenthum vermuthet werden, wenn die Benutzung eine gemeinschaftliche ist[27]. Hat blos der eine Nachbar ihn benutzt (für Dachtraufe, Abtritt, Fenster), so ist die

21) l. 4 pr. l. 52 §. 13 D. 17, 2. l. 13 §. 1 D. 19, 5.

22) A. M. Stölzel a. a. O. S. 11.

23) Vergl. Note 21 oben.

24) l. 52 §. 13 D. 17, 2. l. 6 §. 10. l. 12 D. 10, 3. Auch das interd. uti possidetis ist anwendbar.

25) Stölzel S. 11.

26) Eben so, wenn der Zweck nicht mehr vorhanden. Seuffert, Arch. XXII, 138. l. 68 §. 10 D. 17, 2.

27) Eisenachische Statuten III art. 4.

Digitized by Google

Vermuthung dafür, daß der Zwischenraum ihm allein gehört[28]). — Holzschuher, Theorie und Kas. II, 1 S. 83 sagt: nach einem uralten deutschen Gewohnheitsrecht steht jedem Besitzer einer Mauer, um eine Reparatur an derselben vorzunehmen, der Hammerschlag und das Winkelrecht zu, und beruft sich dafür auf Mittermaier, Deutsch. Privatr. §. 149 und Prosch, die Rechte der Nachbarn S. 471. Indessen ist hier kein Nachweis eines solchen Gewohnheitsrechts zu finden, noch habe ich sonst irgend Spuren desselben entdecken können.

§. 111.

IV. Was auf der Grenzlinie steht, so daß es beide benachbarte Grundstücke berührt, Bäume, Steine, Gräben u. dgl., gilt als gemeinschaftliches Eigenthum beider Grundstücksnachbarn.

1) Ehe wir näher dieses Verhältniß erörtern, müssen wir die Kontroverse, ob bei Bäumen an der Grenze das Eigenthum daran nach dem Stamme oder nach der Wurzel beurtheilt werde, erst behandeln. Weiske, Landwirthschaftsrecht §. 83 bemerkt, nach deutschem Recht entscheide der Stamm, nicht die Wurzel. Will er damit andeuten, daß nach römischem Rechte die Wurzel entscheide, so muß einer solchen Behauptung entschieden widersprochen werden. Allerdings ist dieser Punkt bestritten, und es haben folgende Stellen zu verschiedener Auffassung Veranlassung gegeben:

a) l. 6 §. 2 D. 47, 7: „Si arbor in vicini fundum radices porrexit, recidere eas vicino non licebit, agere autem licebit, non esse ei jus, sicuti tignum, aut projectum immissum habere. Si radicibus vicini arbor aletur, tamen ejus est, in cujus fundo origo ejus

---

28) Der alleinige Gebrauch bekundet den alleinigen Besitz. Preuß. Landrecht Th. I tit. 17 §. 121, 122.

Digitized by Google

fuerit" — (ſo lange er nicht das Grundſtück des Nachbars berührt).

b) l. 22 pr. D. 43, 24: „Si vitem meam ex fundo meo in fundum tuum depresseris, eaque in fundo tuo coaluerit, utile est interdictum quod vi aut clam intra annum; sed si annus praeterierit, nullam remanere actionem; radices, quae in meo fundo sint, tuas fieri (?), quia his accessiones sint" — (vorausgeſetzt, daß die Rebe unmittelbar an der Grenze geſtanden hat und nicht mehr in meo emporwachſen kann).

c) l. 7 §. 13. l. 8 pr. D. 41, 1: „Si alienam plantam in meo solo posuero, mea erit; ex diverso, si meam plantam in alieno solo posuero, illius erit, si modo utroque casu radices egerit; antequam enim radices ageret, illius permanet, cujus et fuit. His conveniens est, quodsi vicini arborem ita terra presserim, ut in meum fundum radices egerit, meam effici arborem; rationem enim non permittere, ut alterius arbor intelligatur, quam cujus fundo radices egisset. Et ideo arbor prope confinium posita, si etiam in vicinum fundum radices egerit, communis est — pro regione cujusque praedii".

Faſt ganz gleichen Inhalts iſt §. 31 Inst. 2, 1 nur mit der Abweichung: „si vicini arbor ita Titii terram presserit, ut in ejus fundum radices egerit"[29]. —

Arnaud, conject. l. 1 c. 1 erklärt die letzte Stelle dahin[30], daß der Nachbar einen Zweig des Baumes auf ſeinen Boden hingezogen und davon einen Einleger gemacht, Tribo-

29) Theophilus in der Paraphraſe fügt hinzu: arbor — „latius per radices serpendo" —; radices egerit — „indeque alatur".

30) Ihm ſind gefolgt: Weſtphal, Arten der Sachen S. 376. Höpfner, Komm. §. 327. Geſterding, Lehre vom Eigenthum S. 238.

Digitized by Google

nian aber bei Abfaſſung des §. 31 Inst. l. c. den Gajus mißverſtanden habe. Dieſe Erklärung iſt offenbar willkürlich und geſucht, denn Gajus erwähnt nicht eines Zweiges, ſondern ſpricht deutlich genug vom ganzen Baume. Befriedigender erſcheint die Interpretation Vangerow's, Leitfaden, B. 1 §. 329 Anm. 2. Er ſagt: „Wenn ich den Baum meines Nachbars allmählich auf mein Grundſtück herübergezogen habe (ſodaß alſo ſein Stamm nun auf meinem Grundſtück aus dem Boden hervortritt), kommt derſelbe erſt dann in mein Eigenthum, wenn er auch Wurzeln in mein Grundſtück getrieben hat. In den Inſtitutionen wird nur vorausgeſetzt, daß der Baum ſelbſt ſich allmählich auf das andere Grundſtück herüber gezogen hat, was bei abhängigem Boden ſehr leicht möglich iſt". Den Sinn der l. 7 §. 13 dürfte Vangerow getroffen haben. Zur Erklärung derſelben ſind noch folgende Stellen heranzuziehn: l. 26 §. 2 D. 41, 1: „arbor radicitus eruta, et in alio posita, priusquam coaluerit, prioris domini est; ubi coaluit, agro cedit; et si rursus eruta est, non ad priorem dominum revertitur; nam credibile est, alio terrae alimento alium factam". — Ferner: l. 9 §. 2 D. 39, 2: „Nec arbor potest vindicari a te, quae translata in agrum meum cum terra mea coaluit" — endlich l. 5 §. 3 D. 6, 1: „De arbore, quae in alienum agrum translata coaluit et radices immisit, Varus et Nerva utilem in rem actionem dabant; nam si nondum coaluit, mea esse non desinet". Der Fall, welcher in l. 7 §. 13 und §. 31 Inst. l. c. eigentlich den Juriſten vorgeſchwebt hat, bleibt dunkel und unſicher. Briſſonius giebt das premere wieder durch ponere, plantare, dann hätten wir denſelben Fall, von dem im Eingange geſprochen worden, was wegen des Paſſus his conveniens est, unzuläſſig erſcheint. Dirkſen (Manuale) interpretirt das premere durch comprimere, coërcere, Voët, comm. ſagt: nisi

Digitized by Google

arbor ita terram vicini Titii presserit, ut omnes radices aut plerasque in Titii terram egerit. In l. 7 §. 13 kann das arborem terra presserim grammatiſch und mit Rückſicht auf den gegebenen Fall nur bedeuten: wenn ich die Umgebung des Baums ſo mit Erde bedeckt und beſchwert habe, daß er ſich (bergabwärts) geſenkt und in mein Grundſtück die Wurzeln getrieben hat. §. 31 J. dagegen ſagt, daß der Baum von ſelber in des Titius Grundſtück ſich herabgeſenkt hat. — Wenn nun aus der Vergleichung ſämmtlicher obiger Stellen hervorgeht, daß das Wurzeltreiben und die Ernährung eines Baumes auf einem Grundſtücke nur dann für das Eigenthum deſſelben entſcheidend wird, wenn der Baum vorher in fremdem Eigenthum geweſen und ganz oder zum Theil in ein anderes Grundſtück verpflanzt worden oder ſonſtwie hinein gerückt iſt; ſo ergiebt ſich aus den obigen Fragmenten der Grundſatz, daß niemals das bloße Wurzeltreiben eines im Nachbargrundſtück ſtehenden Baumes in meinem Grundſtücke mir Eigenthumsanſprüche an den Baum giebt, ſondern daß dies Wurzeltreiben dann erſt für das Eigenthum des fremden Baumes entſcheidend wird, wenn auch der Stamm, da wo er aus der Erde ſich erhebt, in meinem Grund und Boden ſteht, oder denſelben mindeſtens berührt. Wenn daher der Nachbar einen Baum in der Nähe der Grenze pflanzt und derſelbe allmählich ſo ſtark wird, daß er meine Grenze berührt, ſo bleibt er dennoch ganz des Nachbars Eigenthum; ſobald er aber auch Wurzeln in meinem Grundſtück getrieben hat, ſo wird er gemeinſchaftlich, und zwar pro diviso nach Maßgabe der Grenzlinie. Das lehren die Endworte der fraglichen Stellen: „Et ideo prope[31]) confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis sit — pro regione cujusque praedii[32]).

31) Nicht gleichbedeutend mit in confinio, wie Manche annehmen.

32) „E regione cujusque finium" l. 19 pr. D. 10, 3.

Digitized by Google

Iſt aber der Baum auf der Grenze ſelbſt aufgewachſen, arbor, quae in confinio nata[33]), ſo entſcheidet das Emporwachſen des Stammes auf der Grenzlinie, auf das Wurzeltreiben deſſelben kommt nichts an, der Baum iſt vom Urſprung an gemeinſchaftlich; der gepflanzte Baum in confinio wird dies erſt, wenn er Wurzel geſchlagen hat, bis dahin kann ihn der Eigenthümer wieder wegnehmen. Die Regel, daß bei einem fremden Baume nicht blos das Wurzeltreiben, ſondern auch der Standpunkt des Stammes über der Wurzel in Frage kommt, erfordert, daß wir von dem Baume, welcher prope confinium ſteht, bei der Vorausſetzung si etiam in vicini fundum radices egerit, annehmen müſſen, daß der Stamm die Grenze ſelbſt berührt[34]). Dies beſtätigen das Wörtchen etiam und der Zuſatz pro regione, der auf die Grenze hinweiſt. Wir würden ſonſt auch mit dem Inhalte des Titels 43, 27 und mit der l. 6 §. 2 D. 47, 7 in Kolliſion kommen.

2) Was auf der Grenze ſelbſt aufwächſt oder erzeugt wird, das gehört beiden Nachbarn gemeinſchaftlich, und zwar pro diviso, nach Maßgabe der Breite, in welcher es über die Grenze hinaus in das eine oder das andere Grundſtück hineingreift oder hineinragt. In den betreffenden Stellen werden als Beiſpiele Bäume und Steine angeführt[35]). Daſſelbe muß auch von Hecken und lebendigen Zäunen gelten. Wird

---

33) l. 19 pr. D. 10, 3. l. 83 D. 17, 2.

34) Windſcheid, Pand. §. 188 nota 7 nennt die Anſicht inkonſequent: arbor ejus est, in cujus fundo origo fuerit. Warum? man unterſcheide nur die verſchiedenen Fälle.

35) l. 19 pr. D. 10, 3. l. 83 D. 17, 2. l. 8 §. 1 D. 41, 1. Vergleiche über die Erklärung dieſer Stellen: Bangerow, Leitfaden §. 329 Anm. 2 gegen Geſterding a. a. O. S. 243. Für die im Texte angeführte Meinung ſind auch Vinnius ad §. 31 Inst. 2, 1. Coccejus jus contr. tit. de acq. v. dom. quae. 20. Dankwardt, nationalökonom.-civiliſtiſche Studien, Leipz. 1862, S. 85 ff.

Digitized by Google

der Baum auf der Grenze gefällt oder der Stein herausgenommen, dann hört die Gemeinschaft pro diviso auf und tritt communio pro indiviso ein. Die actio comm. divid. wird nun zulässig und die Theilung erfolgt nicht zu gleichen Theilen, sondern nach der Größe des Antheils, den die Grenzlinie bestimmt, pro diviso.

Was nun von Menschenhand errichtete Werke auf der Grenzlinie anlangt, namentlich Umfriedigungen, z. B. Stackete, Planken, Zäune, Mauern, so darf auch von ihnen vermuthet werden, daß sie beiden Grundstücksnachbarn gemeinschaftlich gehören, weil man annehmen muß, daß der eine Nachbar die Errichtung desselben auf der Grenze nicht geduldet haben würde, wenn sie dem andern Nachbar allein eigenthümlich zugehörten [36]), und weil Mauern, die mit ihrer Stärke den beiderseitigen Grund und Boden bedecken, nach Analogie der l. 7 §. 10 D. 41, 1: „Si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium, cujus et solum est" beurtheilt werden dürfen [37]).

3) Es ist also vor Allem die Grenzlinie genau zu ermitteln, um entscheiden zu können, wem die Umfriedigung gehört, ob sie gemeinschaftlich sei oder nicht.

Ist die Grenzlinie aus andern Merkmalen, aus Karten, Grenzbeschreibungen u. s. w. nicht zu ermitteln, dann erst darf vermuthet werden, daß die Hecken, Zäune, Mauern, Gräben, welche zwei Privatgrundstücke scheiden, auch wirklich Grenzscheiden und deshalb gemeinschaftliches Eigenthum sind [38]). Dies folgt aus ihrem Zwecke, welcher eben dahin

36) l. 4 §. 3 D. 10, 1. Seuffert, Arch. XXI, 100.

37) Vergl. l. 52 §. 13 D. 17. 2. c. 5. Cod. 8, 10. c. 16 Cod. 3, 32. Dankwardt a. a. O. nimmt an, die röm. Juristen hätten eine solche Mauer unter dem Gesichtspunkte eines aus der Erde gewachsenen Steines oder Felsen betrachtet. Berger, oec. jur. II tit. 3 th. 14.

38) So im Oestereichisch. Gesetzbuche art. 854. Baiersches Gesetzbuch

Digitized by Google

geht, die Grundstücke nicht blos zu schirmen, sondern auch zu scheiden. Der Beweis des Gegentheils bleibt selbstverständlich vorbehalten und ist auf die Anlegung dieser Umfriedigungen Seiten des Beweisführers oder eines Vorbesitzers, auf die Instandhaltung, Benutzung derselben u. dgl. zu richten.

Die gedachte Vermuthung wird indessen abgeschwächt, wenn Gärten, Gehöfte u. dgl., welche gewöhnlich eingehegt zu werden pflegen, an Grundstücke angrenzen, bei denen das Einzäunen und Umfriedigen ungewöhnlich und selten ist, z. B. an Felder, Wiesen; sie fällt ganz hinweg, wenn an ein Privatgrundstück ein zum öffentlichen Gebrauche bestimmter Platz, Weg u. dgl. anstößt. Es muß dann angenommen werden, daß die Umfriedigung dem Besitzer des Privatgrundstücks allein gehört. Es liegt dies in der Natur der Sache, denn solche öffentliche Plätze pflegen nicht vom Staate oder von Gemeinden umfriedigt zu werden[39]).

Die Lehrbücher über Landwirthschafts- und Baurecht[40]) u. dgl. geben uns meist andere Regeln in die Hand, z. B. bei einem Graben, wenn der Erdwall, Damm, Aufwurf sich nur auf einer Seite befindet, soll praesumtio juris dafür vorhanden sein, daß der Graben nicht gemeinschaftlich ist, sondern dem Adjazenten gehöre, auf dessen Seite der Aufwurf ꝛc. sich befindet[41]); — es soll präsumtiv angenommen werden, daß die Mauer zwischen zwei Grundstücken demjenigen Eigenthümer gehört, auf dessen Seite die Traufe, Kragsteine, Steinleisten,

art. 584, 595, 599. Preuß. Landrechte I. tit. 8 §. 178. Badisches Landrecht art. 670.

39) Weiske, Landwirthsch. §. 86. Scholz, Gartenrecht S. 33.

40) Weiske, Landwirthschafsrecht S. 86. Michaelis, Baurecht II §. 2—4. Holzschuher, Kasuistik II, 1 S. 77 u. 78.

41) Eisenhardt, deutsche Sprüchwörter S. 216: „Wem der Hagen, dem der Graben". Badisches Landrecht art. 668. Civilgesetzb. f. Baiern, §. 596, 597. Hagemann, Landw. §. 168. Hommel, rhaps. obs. 301.

Digitized by Google

Bogen, Pfeiler, Schäfte (alſo die rauhe Seite[42])) ſich befinden. Iſt die Traufe zu beiden Seiten, ſo vermuthet man communionem. —

Nach demſelben Grundſatz ſoll die Vermuthung bei hölzernen Wänden, Planken und andern Einfriedigungen dafür ſprechen, daß Derjenige Eigenthümer der Planke ꝛc. ſei, auf deſſen Seite die Köpfe der Nägel eingeſchlagen ſich finden. Wo die Köpfe ſind, dort ſei das Eigenthum der Wand. Iſt nur eine Seite der Vermachung mit Säulen verſehn, iſt nur eine Seite rauh, ſo ſtehe präſumtiv das Eigenthum der Umfriedigung dem Nachbar zu, wohin ſich dieſe Seite kehrt[43]).

Dagegen behaupten Andere, bei Planken und Stacketen müſſe die Seite, wo die Nagelköpfe ſich befinden, die Hölzer abgeplattet ſind, dem Nachbar zugekehrt werden und die Gegenſeite deute den Eigenthümer des Bauwerks an[44]).

Alle dieſe Vermuthungen haben keinen großen Werth und noch weniger eine ſichere Unterlage. Man kann ihnen die Wirkung einer praesumtio juris nicht beimeſſen, ſofern ſie nicht auf einer ausdrücklichen Geſetzesvorſchrift beruhen[45]). Rechtsſprüchwörter können dieſe Stelle nicht erſetzen, um ſo weniger, als ihr Zeugniß für einen urſprünglichen Rechtsſatz, um wirkſam zu ſein, erſt noch anderweiter Unterſtützung bedarf[46]). Im

---

42) Oeſterreichiſches Geſetzbuch §. 857. Preuß. Landrecht Thl. I tit. 8 §. 154, 159. Badiſches Landrecht art. 654. Geſetzbuch für Baiern art. 585.

43) Hellfeld, Repertorium, voce „Mauern". v. Holzſchuher, II, 1 S. 78. Weiske, Landw. §. 86.

44) Scholz, Baurecht §. 65—67 S. 160. Matthiä a. a. O. §. 30 no. 6. Weiske, Rechtslexikon B. 4 S. 456.

45) Wening-Ingenheim, Civilrecht I §. 53. Weiske, Rechtslexikon B. II S. 125. Schneider, Lehre vom Beweiſe §. 50.

46) Eichhorn, deutſch. Privatr. §. 27. Kind, prog. de jurisp. German. paroemiaca, Lips. 1776 §. 10. Weiske, Rechtslexikon B. 4 S. 849.

Digitized by Google

Sachsenspiegel II, 50, den man gewöhnlich mit anzieht, ist nichts Bezügliches enthalten. Aus den Vorschriften, daß man die Dachtraufe nicht in des Nachbars Gehöft hängen und die Zaunruthen nicht nach dessen Grundstück hin kehren darf, kann eine praes. juris über das Eigenthum der Scheidemauern und Scheideplanken nicht abgeleitet werden; höchstens eine praesumtio hominis darf man darauf bauen, insofern Niemand etwas Unerlaubtes, was ihm schaden kann, von Andern auf die Dauer dulden wird. Allein es wird dieser Annahme die Spitze durch die Erfahrung abgebrochen, daß zwischen verträglichen Nachbarn nicht Alles auf der Goldwage abgewogen wird und daß die hier in Frage kommenden Nachtheile unter Umständen sich in Vortheile verwandeln können, z. B. beim Regenwasser. Was insonderheit Gräben anlangt, so erscheint der Erdaufwurf für die Eigenthumsfrage schon darum von zweifelhaftem Gewicht, weil in vielen Fällen der Nachbar auch einen auf fremdem Grundstücke befindlichen Graben heben darf[47]). In Ansehung der Planken, Stackete u. s. w. lesen wir bei Hommel, dem die späteren Rechtslehrer gefolgt sind, daß er die fragliche Regel aus dem Gutachten von Baugewerken und aus Pollack, Mathesis forensis geschöpft habe; er gesteht aber selbst zu, daß er sehr verwundert gewesen sei, als er in Akten ersehen habe, daß an verschiedenen Orten die Baugewerken einer entgegengesetzten Gewohnheit folgten[48]). — Und gewiß, wenn man an einzelnen Fällen in der Wirklichkeit jene Regel näher prüft, so wird man so viel Abweichungen von derselben finden, daß man nicht mehr sagen kann: exceptio confirmat regulam, sondern die Regel in lauter Ausnahmen zerstieben sieht. Auch vermag ich in dem Verhalten von Baugewerken kein Moment zu fin-

47) Vergl. darüber §. 32, 33 oben u. l. 1 §. 23. l. 2 §. 1, §. 2 D. 39, 3.

48) Rhaps. obs. 301 §. 15.

Digitized by Google

den, welches geeignet wäre, einen Rechtssatz oder eine praesumtio juris zu schaffen[49]). Es reduziren sich demnach jene Vermuthungen auf praesumtiones facti s. hominis, welche je nach den Umständen bei dem Beweise des Eigenthumes als unterstützende Thatsachen benutzt werden können[50]).

Anders gestaltet sich das Verhältniß, wo in der Partikulargesetzgebung dergleichen Regeln ausdrücklich als praesumtiones juris aufgestellt worden sind[51]).

Die zwischen zwei Grundstücken verschiedener Besitzer befindlichen Gräben sind als Grenzgräben und als beiden Besitzern gemeinschaftlich anzusehn[52]), wenn nicht unzweifelhafte Grenzmale ein Anderes ausweisen, oder der Besitzstand dem widerspricht[53]). Zu beherzigen ist dabei der Ausspruch des Siculus Flaccus (bei Goesius S. 10) — „nec si quis siccandorum agrorum causa aliquando fecerit fossas, finales esse videntur — nam quidam in extremis finibus in solo suo faciunt fossas et de superioribus vicinisque agris defluentes aquas excipiunt, ne inferiores terrae laborent.“ Der Erdaufwurf kann höchstens als faktische Vermuthung bei dem Beweise des Eigenthums als unterstützendes Moment benutzt werden[54]).

49) Ueber Gutachten sachkundiger Männer zum Beweise eines Gewohnheitsrechts Rechtslex. B. IV S. 848.

50) Nach dem Zugeständnisse Hommels und im Mangel übereinstimmender Erkenntnisse in größerer Anzahl wird man jene Regel auch nicht auf die Praxis der Gerichtshöfe stützen können.

51) Vgl. die Note 42 oben. Das sächs. Gesetzb. sagt §. 866: „Mauern ꝛc. auf der Grenze werden als gemeinschaftliches Eigenthum betrachtet, wenn nicht aus der Art des Baues oder der Anlage etwas Anderes sich ergibt.“ Die Motive dazu bemerken, dies solle eine praes. juris sein.

52) Weiske, prakt. Abh. Leipzig 1829 §. 11. Curtius, sächs. Civilrecht §. 612b nota d. Vgl. oben §. 41 S. 157.

53) Carpzow p. III c. 31 def. 16.

54) Weiske, Landw. §. 128. §. 132 findet in l. 2 §. 2 und §. 4 D. 39, 3 „Grenzgräben“; es ist dies aber nicht der Fall.

Digitized by Google

Was Grenzsteine in Mitten der Grenzlinie betrifft, so spricht ihr Standpunkt auf der Grenze und ihre Bestimmung dafür, daß sie den anliegenden Grundstücken gemeinschaftlich angehören [55]). — Feldraine, welche nicht nebenbei mit Grenzmarken versehen sind, dürfen präsumtiv als gemeinschaftliches Eigenthum der Feldnachbarn angesehen werden [56]). Nach Holzschuher, Kasuist. B. II Abth. 1 S. 123 wird ein abschüssiger hoher Rain dem anhängenden oberen Acker allein von oben bis unten auf die Erde zugeeignet. (Oettinger de jure et controv. limitum pag. 335 und 420). Als Grund hierzu gibt man an, daß ein solcher Rain die Stütze und Unterlage des höher gelegenen Grundstücks bilde, ohne welche es nicht bestehen könne. Allein dieser Grund ist nicht stichhaltig; gegen das schädliche Abgraben des Abhanges schützt den oberen Besitzer die cautio damni infecti, und es hat jener Satz weder in den Rechtsquellen, noch in dem Gerichtsbrauche einen Anhalt, auch steht die Erfahrung des täglichen Lebens ihm in zahllosen Fällen entgegen.

Die Breite des Raines ist willkürlich; nach Preuß. Landrecht Th. I tit. 17 §. 364 soll er mindestens 1 Fuß breit sein. Bei einem solchen gemeinschaftlichen Raine versteht sich von selber, daß keiner der Grundstücksnachbarn ohne Zustimmung des andern etwas davon abackern oder abstechen darf [57]). Zu ökonomischen Zwecken (Gehen, Umwenden des Pflugs, daher der

55) So auch in Preuß. Landr. p. I tit. 8 § 118. tit 9 §. 286. tit. 17 §. 366. Oesterreichisch. Gesetzb. §. 854. Baierisch. Gesetzb. art. 595.

56) Pinther, sächs. Landrecht S. 371. Weiske, Landw. §. 125. Sächs. Zeitschr. f. Rechtspfl. B. XIII S. 277 N. F. Holzschuher, Kasuist. II, 1 S. 123. Preuß. Landr. Thl. I tit. 8 §. 118. Oesterreichisches Gesetzbuch art. 854.

57) Curtius, sächs. Civilr. §. 612b not. d. Hommel, rhaps. obs. 301 no. 10. Weiske, prakt. Behandlung einiger civilr. Mat. §. 4. Weiske, Landw. §. 125.

Digitized by Google

Rain auch Pflugrecht genannt wird) kann jeder Nachbar den Rain ganz benutzen [58]); die Grasnutzung dagegen muß getheilt werden, sei es, daß darin nach Jahren gewechselt, sei es, daß sie örtlich abgesteckt und abgegrenzt wird [59]). — Das Bestehen des Rains ist — wo nicht Partikulargesetze oder Statuten entgegen stehen — der Willkür der Nachbarn anheim gegeben [60]). Wenn von einem gemeinschaftlichen Raine der eine Nachbar willkürlich abackert oder absticht, so kann der andere Nachbar mit der actio fin. reg. auf Herstellung des Raines [61]), oder mit der actio comm. div. auf Schadenersatz klagen [62]). Ackert aber der eine Nachbar von einem Raine ab, der dem andern Nachbar ganz und allein zugehört, so steht dem Letzteren die rei vindicatio — nicht aber die Negatoria zu. So hatte in einem solchen Falle nach den Blättern f. Rechtspflege in Thüringen B. 8 S. 308 das Untergericht erkannt; in der Appellationsinstanz wurde die Vindikation verworfen, weil es sich nicht um ein selbstständiges Grundstück handele, und wurde die actio negatoria als das geeignete Rechtsmittel angesehen, weil eine partielle Eigenthumsstörung vorliege. Diese Ansicht erscheint durchaus verwerflich. Es handelt sich nicht um eine Störung des Eigen-

58) Zeitschrift f. Rechtspfl. in Sachsen N. F. B. XIII S. 277. B. XXII S. 181. Stryk, usus mod. P. X. tit. 1 §. 12. Berger, oec. jur. III tit. 6 th. 4.

59) Weiske, Landw. §. 125. Zeitschr. sächs. l. c. S. 182.

60) Curtius a. a. O. — Rechtsbuch nach Distinkt. (Ortloff S. 131 B. 1) B. II cap. X d. 6. 7: „Wer deme andern sinen reyn abeeret, wert her dorumbe beclaget, he musz deme clegere bussen unde deme gerichte wetten. — Eyn iglich reyn sal sin eynes nuwen schus langk. Wo abir zcwene mit willekor breytar adder smeler machen, dasz mogen sy zwischen on thun; welcher abir daz nicht thun wel, do en mag on der ander nicht zcu getwingen." Eisenach. Rechtsbuch III 76. 77 desselben Inhalts. Abweichendes von Obigem enthält die Weimar. Revis. Instr. cap. 15 §. 17. Schilling, Landw. §. 110.

61) §. 6 Inst. 4, 17 arg. l. 4 §. 3. 4 D. 10, 1 u. l. 3 D. 46, 21.

62) l. 3 pr. l. 6 §. 2 §. 5 D. 10, 3.

Digitized by Google

thumsrechts, sondern um eine Entziehung eines Theils des Eigenthumsobjekts selbst. Wollte z. B. der Gegner einredeweise seine Handlung rechtfertigen, so müßte er excipiren, rem suam esse, nicht jus sibi esse etc. Daß auch Theile des Eigenthumsobjekts vindizirt werden können, geht aus l. 6. l. 49 §. 1. l. 76 D. 6, 1 und l. 1 D. 10, 1 hervor. Hier namentlich wird gesagt: die actio fin. reg. sei pro vindicatione; sie ist aber stets nur auf ein Stück von einem Grundstück gerichtet [63]). Die Negatoria hingegen tritt lediglich ein gegen Beschränkungen der im Eigenthume liegenden Rechte, niemals ist sie anwendbar, wenn das totale Eigenthum an einem Grundstücke oder einem Theile desselben Seiten des Beklagten [64]) in Anspruch genommen wird.

V. Vom Ueberhang der Aeste, vom Ueberhang und Ueberfall der Früchte, vom Auslaufen der Wurzeln.

§. 112.

a) nach römischem Rechte:

1) Wenn die Wurzeln von einem Baume des Nachbargrundstücks in unsern Grund und Boden herüber laufen, so haben wir nicht das Recht, sie abzuhauen, sondern nur eine Negatorienklage gegen den Eigenthümer des Baumes auf Beseitigung der Wurzeln resp. auf Schadenersatz — „agere autem licebit, non esse ei jus sicuti tignum aut projectum immissum habere [65])." Die Wurzeln gelten als Accessionen des

---

63) c. 1. Cod. fin. reg. 3. 39. Günther, princ. jur. rom. §. 1110. Präjudiz bei Matthiä, Kontroverslex. I S. 18.

64) Siehe oben §. 57.

65) l. 6 §. 2 D. 47, 7. Gesterding, Eigenthum S. 241. Weiske, Rechtslex. B. V S. 541. Bd. I S. 23. Seuffert, Arch. B. 11 no. 115.

Digitized by Google

Stammes, der Eigenthümer des Stammes hat ſie zu vertreten, und darum für ihre Entfernung zu ſorgen (l. 22 pr. D. 43, 24). Dagegen findet ſich in c. 1 Cod. 8, 1 für einen Fall, wo die Wurzeln eines Nachbarbaums einem Gebäude ſchaden, geordnet, die Sache ſolle nach Analogie der Interdikte: si arbor in alienas aedes impendebit, und si in alienum agrum impendebit" (quibus ostenditur, nec per arboris quidem occasionem vicino nocere oportere) in billiger Weiſe (ad suam aequitatem) entſchieden werden, d. h. es ſoll der Richter, je nachdem es die Umſtände des einzelnen Falles erfordern, entweder auf Beſeitigung der Wurzeln, oder auf Entfernung des ganzen Baumes erkennen. Dies ſcheint die Bezugnahme auf beide Interdikte anzudeuten.

2) Wegen der von Bäumen des Nachbargrundſtücks in fremdes Gebiet überhängenden Aeſte gab es ſchon nach den Zwölftafeln eine Klage; Gajus, comm. IV §. 11 — „quod lex 12 tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur." Die Abſicht dieſer Klage ging nach Ulpian dahin, ne umbra arboris vicino praedio noceret, und ſie umfaßte nach Pomponius Meinung auch den Fall, wenn ein Baum des Nachbargrundſtücks durch den Wind in ein anderes Grundſtück hinüber gebogen worden iſt. Dieſe aus dem Zwölftafelrecht abſtammende Klage wurde als Negatoria in Uebung erhalten — „jus ei non esse, arborem ita habere[66])"; und ging im letzten Falle auf Entfernung des Baumes, im erſten Falle darauf, ut quindecim pedes altius rami arboris circumcidantur. Ein Selbſtabhauen der Zweige und Aeſte war hiernach nicht geſtattet, und die Klage ſtand nur dem Eigenthümer urſprünglich zu. Das

66) l. 1 §. 8 D. 43, 27. l. 2 D. eod. „arbor ex vicini fundo vento inclinata in tuum fundum." — Weiske, Rechtslex. B. V S. 541. Seuffert, Arch. B. 11 no. 115.

Digitized by Google

prätorische Recht erweiterte aber in dieser Materie das Civilrecht durch zwei Interdikte [67]) des Inhalts, daß wenn die Aeste des fremden Baums in des Nachbars Landgrundstück (agrum) hinüber hängen, der Eigenthümer des Baumes auf Mahnung des Nachbars die Aeste auf 15 Fuß hoch von dem Boden ab selbst abhauen soll, wenn er aber damit säumig ist, soll er als in mora und Unrecht angesehen werden und dem Nachbar erlaubt sein, die Aeste in soweit abzuhauen und zur Strafe das Holz zu behalten. Jedenfalls darf das Interdikt, was den Ausdruck ager betrifft, auch von Gärten, Wiesen ꝛc. verstanden werden. — Das zweite Interdikt bezieht sich auf Bäume, die ex aedibus tuis in aedes illius impendent [68]); hier wird dem Nachbar unter gleicher Voraussetzung der mora des Eigenthümers die Erlaubniß gegeben, den Baum a stirpe abzuhauen und das Holz zu behalten. Was diese Interdikte auszeichnet, ist eines Theils die Erlaubniß zum Selbstabhauen des Baumes oder der Aeste, andern Theils die erweiterte Klagberechtigung, indem sie auch dem Usufruktar zustehen [69]). Der Nachbar hat die Wahl zwischen der oben erwähnten Negatoria und diesen Interdikten.

Die Kontroverse über die Ediktworte: quominus pedes quindecim a terra eam altius coerceas" anlangend, so hat neuerdings wieder Heimbach im Rechtslexikon Band V S. 539 die von Hugo und Unterholzner ausgesprochene Ansicht,

---

67) Wir finden sie in l. 1 D. de arbor. caed. 43, 27.

68) ager est: terra culta manibus hominum, ut fruges ferat. Varro, r. r. 4, 4. aedes im Gegensatz zu ager bedeutet hier nicht blos Häuser, sondern „Gehöft", also Wohnhaus mit dazu gehöriger Umgebung, Hof ꝛc. Vgl. l. 1 pr. und §. 8 D. 43, 17. l. 9 D. 47. 9. l. 1 §. 8 D. 43, 23 (de cloacis) l. 211 D. 50, 16. l. 91 §. 5 D. de legat. III.

69) Vgl. Schmidt, Interdiktenverfahren der Römer, Leipzig 1853 S. 153. 197. 300. Weiske, Rechtslex. B. V S. 537. B. VIII S. 511. Seuffert, Arch. B. 11 no. 115. Böcking, Pand. II §. 140.

Digitized by Google

daß die Aeste, welche über 15 Fuß hoch, von der Erde gerechnet, nach der Spitze des Baumes hin sich befinden, weggenommen werden sollen, zu vertheidigen gesucht. Dies veranlaßt mich, mit größter Kürze eine Widerlegung hier zu versuchen. Wie die Basiliken die Stelle auffassen, ist nach dem Wortlaute derselben nicht unbezweifelt klar, auch können sie eben so wenig als die glossae nomicae bei Labbäus (nota 116) ein entscheidendes Gewicht für die Erklärung der strittigen Stellen abgeben. Dagegen ist unbestritten, daß vom ökonomischen und praktischen Standpunkte das Abhauen der Aeste über 15 Fuß hoch, während die tieferen Aeste geduldet werden sollen, unbegreiflich und unpraktisch erscheint, so daß man eine solche Vorschrift von vorn herein dem gesunden Sinne, der sonst im römischen Rechte herrscht, nicht zutrauen kann. Die Aeste bis 15 Fuß Höhe von der Erde sind ja die längsten und breitesten, die am meisten Schatten geben, und ne umbra noceret, war ja die Absicht des Interdikts. Dieses gebraucht auch das Wort cöercere, einschränken, im Zaum halten (für Abschneiden), welches jedenfalls besser auf die unteren großen und breiten, als auf die oberen kleineren Aeste passen möchte[70]). Von einem Kappen und Beschneiden des Baumes über 15 Fuß Höhe kann nicht die Rede sein, denn das coërcere wird in §. 8 mit den Worten ut rami arboris circumcidantur umschrieben. Die meisten Bäume vertragen ein solches Beschneiden oben gar nicht; sie gehen ein oder verlieren an Trieb und Tragkraft, abgesehn davon, daß sie gräßlich verunstaltet würden. — Weiter gebrauchen die Römer den Komparativ altius gar häufig für alte überhaupt; so sagt Cicero, Tuscul. quaest., lib. 5 cap. 13: „itaque et

70) Das sublucare arborem bei Paulus, rec. sent. V 6, 13 — (nach Festus unser deutsches „lichten") und der Ausdruck luxuries ramorum compescatur kann nur von den untern, längern und dichtern Aesten verstanden werden.

Digitized by Google

arbores et vites, et ea, quae sunt humiliora, neque se tollere a terra altius possunt“ (welche ſich nicht hoch über die Erde erheben können)[71], und endlich ſteht der Ausdruck des Maßes bei dem Komparativ, wo derſelbe wirkliche Komparativbedeutung hat, gewöhnlich im Ablativ, z. B. turris in muris babylonicis denis pedibus, quam murus, altiores sunt“ Curt. 5, 1, 26. In der fraglichen Stelle aber haben wir keinen Ablativ, ſondern den Akkuſativ, und dies beſtärkt die Anſicht, daß altius keine Komparativbedeutung haben kann. Dafür ſprechen endlich die Worte in §. 9: „tantum usque ad quindecim pedes a terra coërceri arborem“, welche nicht anders erklärt werden können, als daß der Baum von der Erde ab bis zu 15 Fuß Höhe beſchnitten werden ſoll. Dieſe Erläuterung der Formel des Interdikts, welche uns Ulpian gibt, iſt jedenfalls der zweideutigen Auffaſſung der Baſiliken vorzuziehen, und wir glauben hiernach, daß der gewöhnlichen Anſicht, welche in Dirkſen, Thibaut, Vangerow ꝛc. Vertheidiger gefunden hat, beizupflichten iſt.

3) Die Früchte, welche von meinem Baume auf des Nachbars Grundſtück fallen, gehören nicht dem Nachbar, ſondern bleiben mein Eigenthum. Zum Schutze des Sammelns und Wegholens dieſer Früchte ſtehen dem Eigenthümer des Baumes ebenfalls zwei verſchiedene Klagen zu, die civile actio ad exhibendum und das prätoriſche Interdikt de glande legenda; l. 9 §. 1 D. 10, 4: „Nam et si glans exstaret, nec patiaris me tollere, ad exhibendum teneberis, quemadmodum si materiam meam delatam in agrum suum quis auferre non pateretur. Et placet nobis Pomponii sententia, sive glans exstet, sive consumta sit. Sed si exstet, etiam in-

71) So ſagen ſie auch prius für primo ꝛc. Heimbach meint nämlich: pedes quindecim altius könne nach den Geſetzen der lateiniſchen Sprache nur heißen altius quam quindecim pedes.

Digitized by Google

terdicto de glande legenda, ut mihi tertio quoque die legendae glandis facultas esset, uti potero, si damni infecti cavero [72])." Die actio ad exhibendum geht auf Herausgabe der Früchte oder Ersatz, und ist auch zuständig, wenn die Früchte nicht mehr vorhanden. Das Interdikt ist nur brauchbar, wenn die Früchte noch im Nachbargrundstück vorhanden; der Nachbar soll den Eigenthümer nicht verhindern, die Früchte daselbst aufzulesen, und zwar an jedem dritten Tage, sodaß immer zwei Tage dazwischen liegen. Ich folge hier der von Bangerow vertheidigten Ansicht, und übergehe die ebenfalls lebhaft behandelte Kontroverse [73]).

§. 113.

b) Sächsisches Recht:

1) Bäume auf der Grenze sind gemeinschaftliches Eigenthum beider Anlieger, Bäume an der Grenze werden hinsichtlich des Eigenthums lediglich nach dem Stamme beurtheilt [74]). Ferner ist jeder Grundstücksbesitzer befugt, die vom Nachbargrundstück überhängenden Aeste und Früchte eigenmächtig abzuhauen, abzunehmen und sich zuzueignen. Das gilt auch von dem Ueberfall der Früchte [75]). Dieser Rechtssatz gründet sich auf das Sächs. Landrecht II 52: „Flicht der Hopfen sich über den Zaun,

72) l. unic. D. de glande legenda, 43, 28. „Glandis nomine omnes fructus continentur."

73) Siehe darüber Bangerow a. a. O. v. Holzschuher, Kas. II 1 S. 122. Weiske, Rechtslex. B. V S. 547. Windscheid §. 169 x. 9. Böcking l. c. no. 40. Seuffert, Arch. XVII 1 XI 115.

74) Weiske, Landw. §. 88. Hagemann, Landw. §. 137. Vgl. noch Königl. Sächs. Civilgesetzbuch §. 372 und Preuß. Landrecht Thl. I tit. 9 §. 285: „Das Eigenthum eines auf der Grenze stehenden Baumes gebührt dem, auf dessen Grund und Boden der Stamm aus der Erde kommt. §. 286. Steht der Stamm selbst auf der Grenze, so haben beide Nachbarn das Miteigenthum des Baumes."

75) Carpzow p. 3 c. 32 def. 25. Berger, oecon. jur. lib. II tit. 2

Digitized by Google

wer die Wurzel in dem Hofe hat, der greiff über den Zaun, so er allernächſt möge und ziehe den Hoppen. Was ihm folget, das iſt ſein. Was des aber an der andern Seite bleibt, der iſt ſeines Nachbarn. Seine Baumzweige ſollen auch über den Zaun nicht gehen noch hangen, ſeinen Nachbarn zu ſchaden" — und auf das Magd. Weichbildrecht art. 125: „Wo auch ein baum zwiſchen zweyen rainen ſteht und breitet die zelgen in eines andern mannes hof, der herr mag ihn wohl verhauen, ob er will, und hanget obſt in ſeinen hof, das iſt zu recht ſein." Der darauf folgende art. 126 wiederholt wörtlich die obige Stelle des Sachſenſpiegels „Flicht der Hoppe" ꝛc.

Man hat auf Grund dieſer Beſtimmungen unter Herbeiziehung der gemeinrechtlichen Lehre vom Luftraum den Satz aufgeſtellt, die überhängenden Aeſte nebſt den Früchten daran ſeien Eigenthum des Nachbars, in deſſen Luftraum ſie hereinhängen, und daher ſchreibe ſich das Recht deſſelben, ſie beliebig abzuhauen und an ſich zu nehmen [76]).

Dieſe Anſicht muß jedoch als unjuriſtiſch verworfen werden [77]). Ein ſeparates Eigenthum eines Dritten an den Aeſten und Früchten eines noch ſtehenden Baumes, ſo lange ſolche nicht vom Baume getrennt ſind, iſt rechtlich undenkbar [78]); ein Miteigenthum des Nachbars aber an dem Baume ſelbſt anzunehmen, widerſtreitet den Ausſprüchen des römiſchen, wie des ſächſiſchen Rechts ganz entſchieden. Die Sache verhält ſich einfach ſo:

th. 17 not. 2. Wernher P. II obs. 426. Hanbold, ſächſiſch. Privatr. §. 362. Curtius a. a. O. §. 535.

76) Z. B. Schilter, praxis jur. rom. 47 §. 75. Lauterbach, colleg. pand. l. 43 t. 28. Berger, oecon. jur. II tit. 2 th. 17 not. 2.

77) Hanbold, ſächſ. Privatr. §. 362 nota e. Krause, diss. de jure in arbores vicini in nostrum prominentes aërem, Vitemb. 1756.

78) Was in meinen Luftraum hineinragt (immissum), eigenmächtig zu beſeitigen, iſt mir in der Regel nicht erlaubt, l. 29 §. 1 D. 9, 2; noch weniger wird mir ein Eigenthum daran begründet.

Digitized by Google

Das sächsische Recht weicht von dem römischen Rechte (de arb. caed.) nur darin ab, daß es auch ohne vorgängige Mahnung des Baum-Eigenthümers dem Nachbar sofort die Wegnahme der überhängenden Zweige gestattet; es wird also über das Eigenthum des Baumes sammt Aesten kein abweichendes Recht geordnet, und folglich können diese Aeste erst durch das Abhauen (occupando)[79] in das Eigenthum des Nachbars nach bekannten Rechtssätzen übergehen. Dies ergiebt sich auch aus der betreffenden Stelle des Sächs. Landrechts in den Worten: „was ihm folget, das ist sein" — und aus dem Rechtsbuche nach Distinktionen B. II cap. II d. 14: „Welch man by seine nackebur had eynen boymgarten legen, waz da obir dez andern were kempt mit seinen esten adder zcelken, der dann den stam adder worczeln auf seine gewer had, der zcy sich der este adder zcelke an unde griffe deme so her nesten moge; waz om denne fulget, daz ist sein; was ihm da nicht gevolgen mag, das schol jenes sein." Hiernach ist dem Eigenthümer des Baumes erlaubt, selbst die überhängenden Aeste abzuhauen und wegzunehmen, soweit er sie von seinem Grund und Boden aus erlangen kann, folglich können sie nicht von vorn herein Eigenthum des Nachbars sein. — Will aber der Nachbar die überhängenden Aeste dulden und den Nachtheil derselben sich gefallen lassen, so soll ihm auch der Vortheil davon zu Gute kommen[80], d. h. er soll die Früchte davon abneh-

79) Gerber, deutsches Privatrecht §. 91.

80) Purgoldts Rechtsbuch B. II art. 125: „Es en sal nymant sein obes lossen hangen in eynes andern mannes garthin; her sel sine boyme mit erin esten in seine garthem behalden, adder sal die scclgin abehowen, es welle ome danne sein nackebur gerne vortragin. Was obes danne in seinen garthen hanget, das ist vom rechte des halb, in des hofreythe es hanget, und das ander halbe teyl is des, in des garthen der boym stehet." Das Rietberger Landrecht sagt vom Ueberfall der Eicheln §. 35: „Wer den bösen Tropfen genießt, genießt auch den guten." Eisenhardt, Rechts-

Digitized by Google

men können, und die auf seine Grundstücke fallenden Früchte werden auch sein; es darf sie der Eigenthümer des Baumes nicht abholen, wie das nach römischem Rechte ihm gestattet war. Das Eigenthum des Baumes verbleibt also dem, auf dessen Grund und Boden er aufgewachsen, und dieser kann folglich nicht nur die überhängenden Aeste, sondern auch den ganzen Baum abhauen und resp. an sich nehmen [81]).

2) Durch die vorerwähnten Satzungen des sächsischen Rechts ist aber nur das interdictum de glande legenda gänzlich außer Anwendung gesetzt worden, sammt der actio ad exhibendum auf Herausgabe der übergefallenen Früchte. Dagegen kann die Anwendung des interdictum de arbor. caed. und der Negatoria in den Ländern sächsischen Rechts nicht bezweifelt werden; denn dadurch, daß dem Nachbar die Befugniß ertheilt wird, die ihm nachtheiligen Aeste selbst zu beseitigen, wird nach Analogie anderer Rechtsverhältnisse [82]) ihm nicht das Recht entzogen, gegen den Eigenthümer des Baumes auf Beseitigung der Aeste Klage zu erheben. Da ferner der Eigenthümer des Baumes auch Eigenthümer der Aeste bleibt, und diese beim Ueberhängen eine nach allem Rechte unerlaubte Immission umfassen, so kann man auch nicht annehmen, daß in Sachsen die actio negatoria gegen den Eigenthümer auf Wegnahme der Aeste unanwendbar sei [83]).

sprüchw. S. 214. Das Böhmische Landrecht sagt: „es wäre denn, daß der Nachbar mit dem Obst, so von den Aesten auf seine Seite hangende abstiele, sich wollte bezahlen und begnügen lassen."

81) Haubold, sächs. Privatr. §. 362. Gerber, deutsch. Privatr. §. 91. Eichhorn §. 173. Beseler, deutsch. Privatr. §. 89 IV. Das Ueberhangsrecht steht nicht den Gemeinden oder dem Staate zu hinsichtlich der Aeste, welche auf Plätze und Wege, die zum gemeinen Gebrauch bestimmt sind, überragen. Prosch, Rechte der Nachbarn S. 75. Mittermaier, Privatrecht §. 165. Rechtslex. B. IV S. 883.

82) Vgl. l. 29 §. 1 D. 9, 1 verbis „aliud est dicendum", wo auch neben dem Rechte der Selbsthilfe die actio negatoria gestattet wird.

83) So entschied das Oberapp. zu Jena, Blätter für Thüringen 7. B.

Digitized by Google

Hinsichtlich der Bäume, welche durch Ueberhang der Aeste den Gebäuden des Nachbars schaden, kann hiernach kein Zweifel sein, daß auch in Sachsen das Abhauen des ganzen Baumes gefordert werden kann, nach Maßgabe des römischen Interdikts[84]). Hagemann, Landw. §. 137 ist anderer Meinung und behauptet, weil schon die römischen Juristen in diesem Punkte nicht einig gewesen seien (l. 1 §. 2 D. 43, 26), müsse man die billigere Ansicht (bloßes Abhauen der Aeste) vorziehen. Es besteht aber nach jener Stelle durchaus kein Zweifel, daß der ganze Baum (a stirpe) wegzunehmen ist.

3) Es fragt sich weiter, ob sich die Bestimmungen des sächs. Rechts über das Abhauen der Aeste auch auf Waldbäume, Fichten, Kiefern, Eichen u. dgl., und nicht blos auf Obstbäume beziehen. Von Hartig, Forst- und Jagdstaatsrecht S. 125 wird behauptet, daß gegen Bäume auf Forstgrunde weder das römische interd. de arbor. caed., noch die sächs. Selbsthilfe Statt habe. Eichhorn, deutsches Privatr. §. 171 ist der entgegengesetzten Ansicht und beruft sich auf ein Erkenntniß der Göttingischen Fakultät. In der sächs. Zeitschrift für Rechtspflege N. F. B. XIX S. 289 wird von Emminghaus darzuthun versucht, daß sich das Recht des Sachsenspiegels nicht auf Waldbäume anwenden lasse. Den Beweis dafür findet er darin, daß der Sachsenspiegel und das Weichbildrecht nur von „Hopfen" — „Zaun" — „Hof" — und „Obst" sprechen, und daß im vermehrten Sachsenspiegel an der entsprechenden Stelle von einem „Baumgarten"[85]), in der Görlitzer Glosse zu unserem Artikel von „Hopfen- oder Weingärten", die mit einem

S. 294. Anderer Meinung sind die sächs. Obergerichte, Wochenbl. 1843 S. 14. 1860 S. 174 u. 177, weil kein factum turbativum vorhanden. Siehe dagegen l. 2 D. 43, 27 und §. 55 oben.

84) Fritsch, de jure hortor. §. 34. Schweppe, röm. Recht B. 2 S. 59. Langenn und Kori, Erört. II S. 241.

85) Ortloff, Rechtsbuch nach Distinktionen S. 113.

Digitized by Google

Graben oder einem Zaune umgeben sind[86]), im Eisenacher Schöffenrechte von „Garten und Hof" letzteres auch in der Bedeutung von „Garten" die Rede sei[87]). Wenn in andern alten Weisthümern und Landrechten von „Felde" gesprochen werde, so müsse an die alte Sitte erinnert werden, auch Felder, Wiesen, überhaupt alle cultivirten Grundstücke einzuhegen. Auch werde überall nur einzeln stehender Bäume, Obstbäume ꝛc., niemals der Waldbäume in den Rechtsquellen gedacht. Das Weisthum des Rietberger Landrechts vom Ueberfall der Eicheln erklärt er aus dem beigefügten Sprüchworte dahin, daß der Nachbar sich den Aesteüberhang gefallen lassen müsse, und als Entschädigung den Ueberfall der Eicheln genieße. Noch mehr aber, wenn man die über die mittelalterlichen Wald-Grenzverhältnisse und nachbarlichen Zustände aufbewahrten Ueberlieferungen sich vergegenwärtige, müsse man ein Recht des Waldnachbarn auf Entfernung der überhängenden Aeste in Abrede stellen. Die Anwendung der römischen Interdikte de arb. caed. halte er um deswillen für unstatthaft, weil das römische Recht nur subsidiarische Geltung bei uns behaupte. Emminghaus kommt somit zu dem Resultate, daß der Besitzer eines an den Wald angrenzenden Grundstücks das Recht des Abästens überhängender Zweige nur entweder auf dem Grunde eines Privatrechtstitels oder einer lokalen Gewohnheit würde geltend machen können. —

Dagegen möchte ich Folgendes einwenden. Im römischen Rechte, wie in den alten deutschen Rechtsquellen werden oft konkrete Bezeichnungen statt allgemeiner Begriffe gewählt, z. B. aedes statt Gehöft, glans statt Früchte, Hof statt Grundstück oder Besitzthum; darum bleibt es immer gewagt, auf diese konkreten Ausdrücke der Quellen eine Beweisführung zu stützen. Hierzu kommt, daß in anderen Stellen vom Ueberhange „auf

86) Heidelberg. Jahrb. der Lit. 1823 S. 106.

87) Ortloff a. a. O. S. 709. S. 639.

Digitized by Google

des andern nachbars grund" — „up eines andern Mannes stuck oft lande" — „auf eines andern mannes gut" gesprochen wird, ferner nicht blos vom Ueberfall des Obstes, sondern auch der Waldfrüchte, Eicheln u. dgl., ja sogar vom Holzfall gehandelt wird. Hier folgen nicht blos die abgefallenen Aeste, sondern der Baum selbst, wie weit er des Nachbars Grund rührt, den Enden, muß also auf der Schnatscheidung durchschnitten werden. Nach dem Schwelmer und Bochumer Rechte können auch die Aeste und Zweige, welche auf die Wege überhängen und hinderlich sind, vom Wagen aus mit der Axt abgehauen werden, so weit man also langen kann. Die Belegstellen hierzu finden sich bei Grimm, Rechtsalterth. S. 70 und S. 550 ff.; ihr Inhalt ist nicht geeignet, die Beweisführung von Emminghaus zu unterstützen, bricht ihr vielmehr überall die Spitze ab. Ja wir haben in dem Wendhager Bauernrechte: „wachsen einem die Hagen zu nahe, so soll man die barte trocken wetzen, durch eine zwiebel ziehen und dann wegräumen bis auf den alten stamm" — den direkten Beweis, daß der Grundeigenthümer seinerseits den ihm zu nahe wachsenden Wald wegräumen durfte [88]).

Doch abgesehen von dem Rechte der Selbsthilfe bleibt immer noch die Negatoria [89]) des römischen Rechts auf Grund eines unerlaubten Immissum (Aeste oder Wurzeln) gegen den Besitzer des Waldes übrig, um ihn zu nöthigen, die überhängenden Aeste und herüberlaufenden Wurzeln zu beseitigen. Dies Recht der Negatoria ist vollständig bei uns rezipirt, die mittelalterlichen Wald-Grenz-Verhältnisse stehen ihm nicht entgegen, weil sie schon von der Kultur überwunden waren, als das römische Recht in Deutschland seinen Einzug hielt, und das klar ausgesprochene Motiv „ne umbra arboris vicino praedio no-

88) Grimm, Rechtsalterthümer S. 525.

89) Vgl. §. 112 oben.

Digitized by Google

ceret“ findet gerade bei Waldbäumen eine recht dringliche Anwendung. Aber etwas Anderes ist dagegen wohl zu beachten. Zwischen zwei angrenzenden Waldbesitzern finden andere Verhältnisse statt, als bei Feld-, Garten- u. dgl. Grundstücksnachbarn. Das Gedeihen des Waldes fordert Geschlossenheit des Bestandes, Schatten u. s. w., ganz entgegengesetzt den Bedingungen der Garten-, Feld- und Wiesenkultur. Dieses Verhältniß schließt zwischen zwei Waldbesitzern die Negatoria auf Wegnahme überhängender Aeste oder überlaufender Wurzeln schon thatsächlich aus; der Kläger könnte das Verlangen nicht stellen, um sich einen Nutzen zu schaffen, sondern nur animo nocendi vicino. Das ist aber in den Rechten nicht gestattet [90]). Wenn dagegen der eine Waldbesitzer sein Holz ausrodet und den Boden in Feld, Garten oder Wiese verwandelt, so kann er auch die Negatoria gegen den Waldnachbar in obiger Richtung erheben. Die aus der Markgenossenschaft stammende Bevorzugung des Waldes und der Mark überhaupt vor dem cultivirten Lande (Grimm, Rechtsalterthümer S. 495, 526, 528 ꝛc.) ist aus der Gesetzgebung und dem Rechtsbewußtsein des Volkes verschwunden, und man könnte höchstens Das dem Kläger einhalten, daß er selber durch seine eigene Veranstaltung (das Ausroden) sich in die Lage gebracht habe, daß der Aeste-Ueberhang seinem Grundstücke Schaden bringt. Allein dieser Einwand hat seine Berechtigung nur da, wo es sich um Abwendung von Nachtheilen handelt, die dem Nachbar nicht nach strengem Rechte, sondern nur ex aequitate eingeräumt ist, wie bei der cautio damni infecti und der aquae pluv. arcendae actio [91]), nicht aber bei einem immissum, das ipso jure und unter allen Umständen für unerlaubt angesehen werden muß.

---

90) Vgl. unten §. 118.

91) Vgl. §. 7 u. 43 oben.

Digitized by Google

§. 114.

4) Eine andere Frage ist ferner, ob sich die Selbsthilfe des Sachsenrechts analog auch auf die vom Nachbargrundstücke herüberlaufenden Baumwurzeln ausdehnen lasse. Einen Schein logischer Konsequenz hat diese Anwendung allerdings für sich; wir müssen sie aber doch als unberechtigt ansprechen[92]). Das römische Recht hatte seinen guten Grund, wenn es das Verfahren bei Baumästen anders ordnete, als bei Wurzeln. Es gestattet dort das Abhauen, was es hier verbietet, weil ein Baum nach Verlust einiger Aeste noch existiren kann, aber durch Abhauen einiger, vielleicht der Hauptwurzeln in seinem Leben und Gedeihen gefährdet wird. Es ist dem Eigenthümer überlassen worden, zu erwägen, ob er den Baum versetzen, oder ob er ihn ganz abhauen oder nur die überlaufenden Wurzeln demselben nehmen will. Diese ratio legis ist so in der Natur der Sache begründet, daß wir sie nothwendig beachten müssen, und sie verbietet eine analoge Anwendung der Bestimmungen hinsichtlich der Baumäste auf die Wurzeln der Bäume. Die Wurzeln des Nachbarbaumes bilden ein immissum, der Besitzer des Baumes ist Eigenthümer der Wurzeln, also nach den Regeln von der negatoria actio auch verpflichtet, sie zu beseitigen. Dieses Recht ist nirgends durch das Sachsenrecht in Frage gestellt. Zwar enthält die c. 1 Cod. 8, 1 die Bestimmung, daß auf Baumwurzeln die Interdikte de arbor. caed. analog angewendet werden können; allein da der Kaiser ausdrücklich nur von einer analogen Anwendung (ad exemplum interdictorum) spricht, und damit bezeugt, daß diese interd. eigentlich nicht für Baumwurzeln gegeben sind, da er ferner verordnet, der Fall

92) Weiske, Landw. §. 82. Unrichtig ist, was Gerber, deutsch. Privatrecht §. 91 nota 9 bemerkt; Weichbildrecht und Sachsenspiegel sprechen nur von Zweigen und Aesten, nicht von Wurzeln.

Digitized by Google

solle in entsprechender billiger Weise (ad suam aequitatem) entschieden werden, überdies aber ein ganz spezieller Fall, in welchem nämlich solche Wurzeln das Fundament eines Gebäudes beschädigen, vorausgesetzt wird, so muß man billig Bedenken tragen, diese Verordnung weiter auszudehnen, und auf Baumwurzeln, die einem Garten-, Feld- u. dgl. Grundstücke Schaden thun, zu erstrecken. Es wird demnach dem Nachbar nur dann erlaubt sein, die Wurzeln eines fremden Baumes in seinem Grundstücke abzuhauen, wenn diese Wurzeln einem Gebäude schaden, und der Baumbesitzer auf erfolgte Mahnung nicht selber sie beseitigt.

5) Der Besitzer des Baumes kann seiner Verpflichtung in Folge der negatoria actio [93]) nicht durch bloßes Abhauen des Baumstammes genügen, er muß auch entweder den ganzen Wurzelstock entfernen oder wenigstens die im fremden Grundstücke auslaufenden Hauptwurzeln. Jede auch die kleinste Wurzel zu beseitigen, würde dem Nachbar mehr schaden als nützen, wird also nicht verlangt, und von dem Richter nicht erkannt werden [94]).

Die Gründe, welche das Appellationsgericht zu Eisenach [95]) gegen die Wegnahme der Wurzeln aus dem Grundstücke des Klägers durch den Beklagten selbst anführt, dürften nicht stichhaltig erscheinen. Die Negatoria geht immer auf Beseitigung des

---

93) l. 6 §. 2 D. arb. furtim. caes. (47, 7): „Si arbor in vicini fundum radices porrexerit, recidere eas vicino non licebit; agere autem licebit, non esse ei jus sicut tignum aut projectum immissum habere. Si radicibus vicini arbor aletur, tamen ejus est, in cujus fundo origo ejus fuerit.“ Seuffert, Archiv B. 11 no. 115.

94) Vgl. Wochenblatt f. merkw. Rsf. 1855 S. 189. Auch nach Entfernung des Stammes nehmen die Wurzeln noch Nahrung aus der Erde und treiben Schößlinge.

95) „Die Wurzeln wachsen durch die Kräfte der Natur, nicht durch eine Handlung des Nachbars; den Balken (tignum immissum) legt dieser selbst ein.“ Vgl. Wochenblatt 1860 S. 174.

Digitized by Google

immissum [96]), und gerade, weil die Rechtsquellen die Wurzeln als ein immissum darstellen und darin den Grund der Klage erblicken, muß die Wegnahme als nothwendige Folge der Negatoria angesehen werden. Darauf, ob das immissum Folge der Naturkräfte ist, kommt gar nichts an; der Beklagte übernimmt diese Rolle im Prozeß nicht als Urheber eines widerrechtlichen Werks, sondern als Vertreter (defensor) seines Eigenthums, und wenn in l. 22 pr. D. 43, 24 die Wurzeln ausdrücklich accessiones des Baumes genannt werden, so kann kein Zweifel sein, daß er sie zu vertreten resp. zu beseitigen hat. Auch der Ausdruck „recidere radices“ in l. 6 §. 2 D. arbor. furtim caes. (anstatt eximere oder tollere) [97]) kann an unserer Auffassung nichts ändern, denn er wird ja nicht vom Beklagten dort gebraucht, sondern vom Kläger, in dessen Grundstücke die fraglichen Wurzeln sich befinden, und die sekundäre Tendenz der Negatoria geht immer auf das tollere immissum [98]).

6) Die weitere Frage ist, ob das im Sächs. Landrecht II, 52 geordnete Recht für ganz Deutschland gelte oder nur in den Ländern des sächsischen Rechts? Emminghaus a. a. O. bezeichnet es als ein ziemlich über ganz Deutschland verbreitetes uraltes Gewohnheitsrecht; Weiske, Landwirthschaftsrecht §. 83 nennt es heutiges deutsches Recht. Runde, deutsches Privatr. §. 276 sieht es als gemeines deutsches Herkommen an;

---

96) §. 59 oben.

97) Endlich ist in den Gesetzstellen nur von einem „recidere“, nicht von einem „eximere“ oder tollere die Rede, wie bei Balken oder andern „Körpern“, sagt das App.-G. z. Eisenach.

98) Vgl. oben §. 59. Nach dem Gesetzbuche f. Baiern, art. 677 hat der Nachbar ein Klagrecht gegen den Eigenthümer des Baumes auf Wegnahme der Wurzeln, kann sie aber auch selbst abschneiden. Nach preuß. Landr. Thl. I tit. 9 §. 287 kann ich die vom Nachbargrundstücke herübergehenden Aeste und Wurzeln abhauen, muß aber dem Eigenthümer des Baumes das Holz ausliefern. So auch das sächs. Civilgesetzbuch §. 362.

Digitized by Google

Mittermaier, deutsch. Privatr. §. 147 bezeichnet es als eine theils aus den nachbarlichen Verhältnissen, theils aus der Heiligkeit der Wehre erklärbare Gewohnheit und fügt hinzu, das römische Rechtsmittel sei nicht rezipirt. Dasselbe ist die Ansicht von Prosch, die Rechte der Nachbarn §. 7. Gerber, deutsch. Privatr. §. 91 sagt: „Partikularrechte geben dem Eigenthümer eines Grundstücks das Recht, die aus dem nachbarlichen Grundstücke herüberreichenden Baumwurzeln und Aeste abzuhauen und sich zuzueignen. Ebenso erlaubte eine früher sehr allgemeine, jetzt nur noch höchst partikuläre Gewohnheit dem Eigenthümer eines Grundstücks, die aus dem nachbarlichen Grundstück herübergefallenen Früchte jederzeit zu okkupiren".

Das Wahre scheint uns zu sein, daß ein allgemeines deutsches Herkommen oder eine deutschrechtliche Gewohnheit sich nicht nachweisen läßt, und daß außerhalb der Länder sächsischen Rechts, wo nicht durch Partikularrechte oder Statuten ein anderes eingeführt worden, das römische Recht in Anwendung zu bringen sei, sofern nicht eine Lokalgewohnheit behauptet wird, die dann erst zu beweisen ist[99]). Was es mit der Ableitung aus dem alten Nachbarrechte und aus der Heiligkeit der Wehre für eine Bewandtniß hat, soll an einer andern Stelle ausführlich nachgewiesen werden[100]). Der Annahme eines allgemeinen Herkommens oder Gewohnheitsrechts widerspricht — abgesehn, daß der Beweis für dessen Existenz nirgends geführt worden, schon der Umstand, daß in den alten Rechten wenig Uebereinstimmendes gefunden wird. So z. B. ordnen einzelne Rechte, der Eigenthümer des Baums müsse den Ueberhang abhauen[101]), während andere dem Nachbar das Recht der Selbst-

99) So auch Hagemann, Landw. §. 187. Weiske, Rechtslex. B. VIII, S. 510 nota 31. B. IV S. 883.

100) Vergl. §. 119 ff. unten.

101) Regensburger Wachtgerichts- und Bauordnung v. J. 1657 (Em-

Digitized by Google

hilfe, aber unter ganz verschiedenen Modifikationen gestatten. Einige setzen Verzug und Verschuldung des Eigenthümers voraus, andere gestatten unbedingte Selbsthilfe, aber manche wieder, soweit der Nachbar die Aeste vom Pfluge aus, andere, soweit er sie vom Wagen aus erreichen kann u. s. w.[102]). In Ansehung des Ueberhanges und des Ueberfalls der Früchte herrscht ebenfalls große Verschiedenheit in den alten Rechtsaufzeichnungen; einige halten es mit dem Sachsenspiegel, andere gehen weiter und gestatten dem Eigenthümer das Besteigen des Baumes und Abnehmen des Obstes, soweit er langen kann; andere wiederum verordnen Theilung der Früchte und zwar entweder gleiche Theilung oder Theilung zu $\frac{2}{3}$ und $\frac{1}{3}$[103]). Manche gestatten dem Eigenthümer sogar, den Ueberfall aufzulesen, soweit er mit einer arden ruthen recken kann. Das Preuß. Landrecht I tit. 9 §. 285, 290 spricht dem Nachbar nur die Früchte zu, welche der Eigenthümer nicht erlangen und abnehmen kann, ohne jenes Grundstück zu betreten. Das Weimar. Patent vom 15. Juni 1819, 8 spricht alles Obst, soweit die Aeste über die Grenze reichen, dem Grundeigenthümer zu, jedoch mit dem Zusatze, daß ihm deshalb eben so wenig ein Widerspruch gegen das Abschlagen des Baumes, als ein Eigenthumsrecht an den überhängenden Aesten des Baumes zustehe. Aehnlich, wie das preußische Landrecht, ordnet das sächs. Civilgesetzbuch §. 363.

---

minghaus a. a. O. S. 299). Ern. Reformation der Stadt Frankfurt a. M. p. VIII, tit. 13. (Hellfeld, Repertor. B. 1 S. 531 voce Baum.) Augsburger Stat. 283. Grimm, Rechtsalterthümer S. 551.

102) Sennefelder (Franken), Dorfordnung, Benker (Westphalen), Heydenrecht-Dirdel, (bei Grimm, Rechtsalt. S. 70, 71). Vergl. weiter Grimm a. a. O. S. 550 ff.

103) Grimm, Weisthümer, B. III, S. 591: „wo paum uff einen felde stehn, was dann auf einen iden felt, das sal im folgen; wo sie aber in garten stehen, was alsdan auff den andern fellet, mag er des obs mit willn des andern nit behalten, so sol er es dem andern dem stamme noch halb wiedder geben".

Digitized by Google

Bei so großer Verschiedenheit der alten Rechtssatzungen und der neuen Bestimmungen läßt sich aus denselben ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht mit Sicherheit nicht schöpfen.

7) Die letzte Frage ist: was ist Rechtens hinsichtlich der Aeste, welche über 15 Fuß hoch in des Nachbars Grundstück hinüberhängen?

Nach sächsischem Rechte ist der Nachbar unstreitig befugt, alle überhängenden Aeste selbst abzuhauen; dasselbe ist der Fall auch überall, wo Statuten oder Gewohnheitsrecht dem Nachbar das Abhauen der Aeste gestatten, ohne daß eine Beschränkung darin vorgeschrieben ist[104]).

Was das gemeine (römische) Recht betrifft, müssen wir im Allgemeinen der Ausführung Guyets im Archiv f. civ. Prax. Bd. 17 S. 31—41, daß auf Beseitigung der über 15 Fuß hohen Aeste dem Nachbar die Negatoria zustehe, allenthalben beistimmen. Diese Ansicht entspricht nicht nur den römischen Grundsätzen von der Negatoria und der Immission, sondern wird auch durch die Anwendung dieser Klage auf die überlaufenden Wurzeln und auf die arbor vento inclinata unterstützt. Sie läßt sich auch, was Bangerow[105]) bestreitet —, recht wohl mit l. 1 §. 8 und 9 D. 43, 27 in Einklang bringen. Die Absicht der Interdikte de arbor. caed. ging dahin, ne umbra arboris praedio vicino noceret; also Luft und Licht sollte für den Nachbar gewonnen werden. Das wird denn auch mit dem Abhauen der Aeste bis 15 Fuß Höhe meistens erreicht, denn es werden gerade die größten und breitesten Aeste betroffen. Die höheren Aeste werden kürzer und schwächer, sie werfen deshalb geringeren Schatten und werden selten überhängen. Das Zwölftafelgesetz und der Prätor begnügten sich aber, dem ge-

104) Stryk, usus mod. Pand. 43, 27 §. II. Sintenis, Civilr. B. 1 §. 47 nota 26.

105) Bangerow, Pand. B. 1 §. 297 nota 4.

Digitized by Google

wöhnlichen Bedürfniß abzuhelfen, was mit dem Abhauen der Aeste bis 15 Fuß Höhe fast immer der Fall sein muß. Für den ungewöhnlichen Fall, daß auch die höhern Aeste noch über die Grenze reichten, blieb dem Nachbar die Negatoria, denn sie ist für diesen Fall nicht durch jene Bestimmung an sich ausgeschlossen, noch ist sie ausdrücklich beschränkt worden. Sie wird aber — so lange der 5 Fuß breite Grenzstreifen im Gebrauche war — nicht leicht in Anwendung gekommen sein.

Legalservituten unter Grundstücksnachbarn.

§. 115.

In den Lehrbüchern des deutschen Rechts und des Landwirthschaftsrechts hat man eine Anzahl von Rechten dargestellt und erläutert, welche die Natur von Legalservituten oder wenigstens eine große Aehnlichkeit mit ihnen haben, und entweder auf dem alten deutschen Nachbarrechte beruhen oder in einem allgemeinen deutschen Gewohnheitsrechte begründet sein sollen, z. B. Anwenderecht, Hammerschlag, Leiterrecht u. s. w. Alle diese Lehren ermangeln jedoch einer genügenden wissenschaftlichen Begründung und es ist dagegen Gerber, deutsches Privatrecht §. 86 beizustimmen, welcher behauptet, daß das deutsche Recht als gemeinrechtliche Legalservitut nur die Gestattung eines Wegs an den Nachbar kenne, sofern dieser außerdem sein Grundstück nicht zu benutzen im Stande sei, während er von den übrigen nachbarlichen Servituten sagt, daß sie nur partikularrechtlich seien. Wir wollen jene Servituten einzeln betrachten und prüfen, und beginnen mit der nothwendigen Wegeservitut (servitus necessaria).

Aus l. 12 pr. D. de religiosis (11, 7): „Si quis sepulcrum habeat, viam autem ad sepulcrum non habeat et a vicino ire prohibeatur, Imperator Antoninus cum patre

Digitized by Google

rescripsit, iter ad sepulcrum peti precario et concedi solere, ut quoties non debetur, impetretur ab eo, qui fundum adjunctum habeat. Non tamen hoc rescriptum, quod impetrandi dat facultatem, etiam actionem civilem inducit, sed extra ordinem interpellatur. Praeses enim compellere debet justo pretio iter ei praestare, ita tamen, ut judex etiam de opportunitate loci prospiciat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum" hat die Rechtspraxis durch Analogie den Anhalt für den Nothweg entnommen. Daß dieses Fragment einen ganz speziellen Fall betrifft und mit römischer Anschauungsweise über Begräbnisse zusammenhängt, läßt sich nicht abläugnen, und deshalb haben Thibaut, Syst. des Pand. Rechts §. 767 (ed. 8), Braun, Erört. §. 621, und Hoffmann, Servitutenlehre B. II S. 54 gegen eine ausgedehnte Anwendung desselben sich ausgesprochen. Allein die fast übereinstimmende Meinung der Rechtsgelehrten und die Praxis der Gerichtshöfe haben sich für das Gegentheil erklärt, so daß man dem begründeten Gewichte dieser Thatsache nicht füglich sich entziehen kann. Von den älteren Juristen nennen wir Voët, lib. 8 t. 3 §. 4. Gothofred (in den Noten zu l. 12 D. 11, 7.), Westphal, de lib. et serv. praed. §. 871, Rivinus, de serv. necess. Lips. 1734, Wiesand, de servit. necess. Videb. 1784, Pufendorf, tom. I obs. 240, Berger, oec. jur. lib. II t. III th. V not. 6, Leyser, sp. 109 m. 9[106]). Von den neueren sind zu nennen Glück, Pand. B. 9 §. 628, Seuffert, Erört. einzelner Lehren 2. Abth. S. 12, Elvers, Themis, 1. B. 1. Heft no. IV, Luden, Lehre von den Servituten §. 59, Sintenis, Civilrecht, B. I §. 64 T. 582, Vangerow, Leitfaden, Pand. B. 1 §. 297

106) Vergl. hinsichtlich der älteren Praxis noch Elvers, Themis, 1. B. S. 106, überhaupt auch Knaut, Grundriß zu Vorlesungen über das d. R. §. 133.

Digitized by Google

n. 7, v. Holzſchuher, Kaſuiſtik II, 1, S. 253, Curtius, ſächſ. Civilrecht 2. Thl. §. 1015. — Man hat wohl, um dieſe Praxis zu befeſtigen, darauf Bezug genommen, daß in Weisthümern, Bauernſprachen u. dgl. die Gewährung eines Nothwegs als Gemeinde- und Nachbarpflicht anerkannt werde[107]); allein es muß bezweifelt werden, daß ſich dafür genügender Anhalt finden läßt. In den Rechtsalterthümern von Grimm S. 104 leſen wir Ausſprüche über die Breite der Nothwege, aber nichts über deren Begründung und Bedingungen. Die Weisthümer enthalten mehrfach Beſtimmungen über Wege, aber eine Hindeutung auf eine Gemeinde- oder Nachbarpflicht als Rechtfertigung der Nothwege iſt mir nicht aufgeſtoßen, z. B. III. Thl. S. 589: „Item umb die tungkwege, wo die sien flurwege yn einem prachfelde, die sal man offen lassen, das eyn idermann seynen myst hen auff furen mag“ — ferner B. III, S. 134: „Da ein erbmann solcher mazsen bekampfet und durch manigerley bekampfung den rechten weg zu seinem lande verwildet, dermassen, dass er unbesperrt an verhinderung mit seinem dingelwagen darzu nicht gelangen möchte, ist die frage nach landrechte, durch was mittel und weise er in Zeit der noth gleich andern einen weg und zutritt bekommen möge? Darauf gewiset: Derselbe soll so lange den gemeinen hellweg verfolgen, als er kann, und dann ferner geniessen de nechsten weg mit dem geringsten schaden, es möchte ihme denn von de marke ein ander weg gewiset werden“. Das Bochumer Landrecht §. 31 (bei Gerber, Privatr. §. 86 nota 4, bei Grimm, Rechtsalterthümer S. 533) hat folgende Beſtimmung; „wer ſein land düngen will und hat dazu keinen düngweg, der ſoll klimmen auf ſein achterſte Haus oder Berg-

107) Das Lübecker O.A.Ger. 1846 bei Seuffert, Arch. B. I n. 156.

Digitized by Google

fried und ſuchen den näheſten Weg, den mindeſten Schaden und belegen den Weg mit garben". — Die Stelle: „es möchte ihm denn von der Marke ein ander Weg geweiſet werden" ſcheint uns mehr gegen, als für die obige Anſicht zu ſprechen.

Aus den Diſtinktionen, Buch 2 cap. 10 dist. 8 (bei Ortloff S. 131) heben wir hervor: „Eyn iczlich man sal sinen weg of om selber haben scu sinen acker" —; daran reiht ſich die weitere Beſtimmung, daß wenn zwei Grundſtücksbeſitzer einen gemeinſchaftlichen Weg haben und der eine ein Stück von ſeinem Acker an einen Dritten verkauft und der andere dem Käufer den gemeinſamen Weg nicht geſtatten will, der Verkäufer dem Käufer auf dem Seinigen einen Weg einräumen ſoll. — Auch hierin offenbart ſich keine Spur einer Nachbar- oder Gemeindepflicht.

Wir bedürfen aber auch der Bezugnahme auf das deutſche Recht nicht; eine konſtante Praxis hat uns ein dem Bedürfniß entſprechendes Recht geſchaffen. Für das Dogma, das dieſe aufſtellt, ſpricht auch das weiter unten erwähnte Zeugniß des Sic. Flaccus: „Nam aliquando deficientibus viis vicinalibus per agros alienos iter praestatur". Dies beſtätigt ganz allgemein, daß im Mangel eines anderen Wegs der nothwendige Zugang zum Grundſtücke durch richterlichen Spruch eröffnet werden kann.

Elvers, welcher der Lehre vom Nothwege eine ausführliche Abhandlung gewidmet hat[108]), will die Begründung derſelben in einer ratio juris naturalis des römiſchen Rechts gefunden haben. Dieſe ratio ſoll ſich aus den Stellen über die außerordentliche Sicherung gegen Gefahren und über den Eintritt in ein fremdes Grundſtück von ſelbſt ergeben und ſoll darin beſtehen, daß die Gefahr, das ganze Grundſtück einzubüßen,

108) Themis, B. 1 S. 75.

Digitized by Google

zu einer billigen Beschränkung des strengen Eigenthumsrechts des Andern autorisire. Weiter sagt er: Die Römer betrachteten den aditus als ein wesentliches und unzertrennliches Annexum des Ususfruktus; wie aber der Ususfruktus seinen Werth und seine Bedeutung verliert ohne aditus, so unstreitig auch das Eigenthum. Dann findet Elvers in l. 44 §. 9 D. de legatis I: „Si duos fundos habens testator alterius mihi usumfructum, alterum Titio leget, aditum mihi legatarius non debebit, sed heres cogetur, redimere aditum et praestare" ein Anerkenntniß der Möglichkeit, daß der Erbe die Nachbarn zum Verkaufe eines aditus nöthigen könne. — Ich halte diese Deduction für unersprießlich und verfehlt. Auf l. 4 pr. D. 9, 2 (Nothwehr) kann man sich nicht zur Begründung des Nothwegs berufen; l. 44 §. 9 D. 30 ist durch l. 15 §. 1 D. 33, 2 zu erklären: der Erbe muß dem Nutznießer einen Weg vom Legatar kaufen ex voluntate testatoris; mehr sagt sie nicht. Man hat weiter auf c. 14 §. 1 C. 3, 34. l. 14 §. 1 D. 8, 6 u. l. 2 §. 5 D. 39, 3 zurückgegriffen, allein dabei in ganz unzulässiger Weise interpretirt und deducirt. In den agris limitatis wird kein großes Bedürfniß für Nothwege gewesen sein. Wenn es aber nach Frontinus de aquae duct. §. 125, 128 Expropriationsgesetze für öffentliche Wasserleitung gab, wenn der Grundstücksbesitzer zu seinem Schutze auf fremdem Besitz Dämme und Gräben haben und erhalten darf, (S. 179 ff. oben), wenn Justinian verbietet, den Luftzug für die Nachbartenne durch Bauen dem Eigenthümer zu entziehn, und endlich ein Nothweg ad sepulcrum durch den praeses dekretirt werden kann; so ist es sicher dem Geiste des römischen Rechts, welches den Grundstücksnachbarn billige Beschränkungen auferlegt und nationalwirthschaftliche Tendenzen vielfach an den Tag legt, nicht zuwider, einen Nothweg in jedem Bedürfnißfalle zuzulassen, und ist dies wahrscheinlich auch

Digitized by Google

bei den Römern so geübt worden, obschon wir keine Beweisstelle dafür haben. Wenigstens spricht dafür das S. 547 angezogne Zeugniß des Sic. Flaccus.

4) Die Mehrzahl der Rechtslehrer beschränkt die Befugniß des Richters, eine Servitut aufzuerlegen, auf den Fall einer nothwendigen Wegeservitut[109]). Dieser Meinung stimme ich bei, weil in l. 12 D. 11, 7 nur von einem Wege die Rede ist, und bei Anwendung von Vorschriften, die so lebhaft den Grundprinzipien des Eigenthums widersprechen, jedenfalls möglichst streng und vorsichtig verfahren werden muß. Für eine Ausdehnung auf andere Servituten, z. B. aquae ducendae, fehlt es an einem solchen Anhalte in den Quellen und an einer konstanten Praxis. Denn die wenigen Erkenntnisse, welche bei Ackermann, Rechtssätze, B. 7 S. 73, in Zachariä, Annalen II, 25 n. 2, und bei Gmelin und Elsässer, gem. Beob. und Rechtsf. B. 2 no. 3, nach dieser Richtung hin gefunden werden, sind zum Beweis einer Praxis ungenügend; insbesondere ist der am letzten Orte behandelte Fall trotz der Ueberschrift nicht ganz zutreffend. Die Entscheidung zu Gunsten des Wasserabflusses aus einem höher gelegenen Teiche über die niedriger gelegenen Wiesen wird hauptsächlich auf l. 1 §. 23 D. 39, 3 gestützt[110]). Auch das Zeugniß des Sic. Flaccus de cond. agr. (b. Goesius S. 9 u. 43) scheint uns im Mangel einer konstanten Praxis[111])

---

109) Und nur für Landwirthschaft, Gerber, deutsch. Privatr. §. 86. Bluntschli, dass. §. 87. Seuffert, Arch. XXXIII, 3.

110) Scholz III Baurecht S. 167 spricht sogar von einer nothwendigen Lichtservitut, wenn der eine Nachbar dem andern das Licht verbaut. Nach Leyser, spec. 109 med. 9 kann der Richter „aus erheblichen Ursachen eine neue Servitut konstituiren", und die Helmstädter Fakultät gestattete sich, zur Abkürzung eines Servitutenstreits dem Beklagten ohne Weiteres die Servitut zu adjudiciren und dem Kläger eine Entschädigung zuzusprechen (?!).

111) Das Preuß. Landrecht 1. Thl. tit. 22 §. 8 bestimmt ganz all-

Digitized by Google

für die Ausdehnung der nothwendigen Servituten keinen genügenden Stützpunkt zu gewähren. Es lautet: „Nam aliquando deficientibus viis vicinalibus per agros alienos iter praestatur. Quae etiam conveniunt precario, ut servitutem praestent his agris, ad quos necesse habent transmittere pervium. — Nam et aquarum ductus solent per alienos agros (hoc) jure transmittere. Itaque, ut diximus, viae saepe necessario per alienos agros transeunt, quo non universo populo itinera praestari videntur, sed eis, ad quorum agros per eas vias pervenire necesse est. — Transitum inverecunde denegat — proximus possessor".

§. 116.

Die Voraussetzungen des Nothwegs werden in der Doktrin und Praxis verschieden bezeichnet. Der eine Theil beschränkt die Einräumung eines Nothwegs auf den Fall, daß ohne solchen überhaupt der Zugang zum fraglichen Grundstücke unmöglich wäre[112]); Andere lassen schon den Umstand genügen, daß ohne den Nothweg die wirthschaftliche Benutzung des Grundstücks nicht möglich ist, oder daß sich eine Bewirthschaftung desselben nur durch kostspielige Veranstaltungen ermöglichen lasse, welche den Ertrag des Grundstücks ganz verschlingen würden[113]), z. B. durch den Bau einer kostspieligen Brücke,

gemein: „Auch solche Einschränkungen muß jeder Grundstücksbesitzer (gegen Entschädigung) sich gefallen lassen, ohne welche ein anderes Grundstück ganz oder zum Theil völlig unbrauchbar sein würde". Hierzu vergleiche Rechtssprüche der preuß. Gerichtshöfe von Simon, B. 1 no. 15.

112) Puchta, Lehrb. der Pandekten §. 124. Rechtslex. v. Weiske, B. 10 S. 292. Nicht wegen bloßen Gewinns durch Wegeabkürzung, Seuffert, Arch. XIII, 210.

113) Oberapp. Dresden im Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1851 S. 168. Curtius a. a. O. Zeitschr. für Rechtspfl. u. Verw. in Sachsen N. F. B. IV, S. 473. Scholz III, Gartenrecht S. 38 ff. setzt eine wirthschaftliche Nothwendigkeit voraus. —

Digitized by Google

eines Schiffs u. dgl.[114]). Aus dem §. 115 angeführten Grunde müßte man der ersteren Meinung den Vorzug geben. Betont man das nachbarliche Verhältniß und die nationalwirthschaftliche Rücksicht, so muß man der zweiten sich anschließen. Die Behauptung von Scholz, Schäfereirecht §. 58, v. Holzschuher II, 1 S. 121, daß dem Schäfereiberechtigten ein Nothweg zum Waschen und Tränken der Schafe zu gestatten sei, erscheint ganz unhaltbar. — Nicht zu billigen ist auch die Ansicht von Berger, oec. jur. l. c. not. 7, Quistorp, rechtl. Bem. Thl. 2, 67 und Crell, de serv. neces. compendii causa constituta, Viteb. 1750, daß auch die bloße Unbequemlichkeit oder die Schwierigkeit der Benutzung eines Grundstücks schon die Bestellung einer nothwendigen Servitut rechtfertige[115]). Sie hat im römischen Rechte gar keinen Anhalt und in der Praxis keinen Anklang gefunden. Die Nothwendigkeit einer Wegegerechtigkeit ist auch dann nicht anzunehmen, wenn diese das einzige Mittel wäre, die Nutzbarkeit eines Grundstücks zu erhöhen, z. B. wenn ein Stück Waldboden in Feld verwandelt wird, dem nur eine Wegegerechtigkeit zur Abfuhre des Holzes zur Winterzeit zustand[116]).

Damit hängt denn auch zusammen, daß derjenige, welcher sich durch eigene Schuld in die Lage versetzt hat, daß er sein Grundstück ohne den Weg über ein anderes nicht benutzen kann, keinen Anspruch auf Bestellung einer nothwendigen Servitut hat[117]).

---

114) Elvers a. a. O. S. 128. Zachariae, lib. quaest. 19. Sächs. Civilgesetzb. §. 845.

115) Elvers a. a. O. S. 14.

116) Wochenbl. 1851 S. 168. Zeitschr. cit. l. c. — Das Civilgesetzbuch f. Baiern, Art. 679 bestimmt, daß dem eingeschlossenen Grundstücke ein Durchweg auf eine öffentliche Straße über des Nachbars Grund und Boden (gegen Entschädigung) gewährt werden muß.

117) Wochenbl. 1842 S. 398. 1853 S. 149. Puchta, Klagen der

Digitized by Google

Von selbst versteht sich und in l. 12 pr. D. 11, 7 wird es ausdrücklich geordnet, daß der Eigenthümer des Grundstücks, welchem die Servitut auferlegt wird, vollständig zu entschädigen ist; „Praeses etiam compellere debet justo pretio iter ei praestari". Diese Entschädigung ist in Ermangelung einer Vereinigung der Parteien von dem Richter auf Grund des Gutachtens Sachverständiger zu bestimmen. Dieses Gutachten hat den Kaufwerth für Grundstücke gleicher Beschaffenheit in der Flur und den etwaigen wirthschaftlichen Nachtheil für den Eigenthümer, den er durch den Weg erleidet, in Betracht zu ziehen; darauf deuten die Worte justo pretio. — Es wird aber weiter in dem citirten Fragmente bestimmt, „ita tamen, ut judex etiam de opportunitate loci prospiciat, ne vicinus patiatur magnum detrimentum". Die Bestellung der Servitut muß also mit Umsicht und möglichster Schonung des Grundstücksnachbars geschehen; es sind alle anliegenden Grundstücke ins Auge zu fassen, und dann ist die Servitut auf dasjenige zu legen, welches dadurch am wenigsten belästigt wird [118]). Auch hier wird die Einholung eines sachverständigen Gutachtens angemessen sein. Es ist deshalb, wenn Jemand einen nothwendigen Weg auf einem bestimmten Grundstücke beansprucht, erforderlich, daß derselbe seinen Beweis mit darauf richtet, daß ein Weg in anderer Weise,

---

Landeigenthümer §. 93. Elvers a. a. O. S. 121. Voet, comm. ad Pand., l. 8 tit. 3 §. 4. Fälle: Verkauf einer Parzelle, Veränderung am Grundstück, Kauf eines Grundstücks, wenn man weiß, daß ihm kein Weg zusteht. Entsch. des Reichsger. II. Hilfssen. v. 12. Febr. 1880. — Kein Hinderniß soll sein ein früherer Verzicht auf den fraglichen Weg (?) oder ein bisher hie und da precario verstatteter Weg, Tübinger Erkenntniß bestätigt vom Obertribunal in Stuttgart (Hufnagel, Mittheilungen, 2. Heft S. 303. Seuffert, Arch. B. I, no. 177 S. 185.

118) Wochenblatt 1851 S. 168. Curtius a. a. O. not. f. Thon, Rechtsfälle I, 2. v. Hartitzsch, Entsch. prakt. Rechtsfragen, No. 381. Seuffert, Arch. XVI, 12. XXVII, 8.

Digitized by Google

und auf andern angrenzenden Grundstücken nicht möglich sei oder diese in höherem Grade belästigen werde[119]).

In der Regel ist der Kläger nur eine Wegegerechtigkeit zu fordern berechtigt, nicht die Anlegung eines besondern Weges; der Weg kann auch vom Eigenthümer verschlossen werden, wenn er nur zur gehörigen Zeit wieder geöffnet wird. Daß aber ein bestehender Fußweg zur Abführung der Früchte zu einem Fahrwege ausgedehnt werden dürfe[120]), das möchte doch zu weit gehn.

Der Antrag ist in Form eines Klaganbringens bei dem zuständigen Civilgericht zu stellen, und wird im Wege des Civil-Prozesses verhandelt. Manche, z. B. Scholz III. Gartenrecht S. 36, 39 behaupten, die Sache gehöre vor die Polizei, denn Ulpian sage ja ausdrücklich: „non tamen actionem civilem inducit sed extra ordinem interpelletur", und die Frage über die Aufgabe unseres Eigenthums zu Gunsten Anderer, sowie die Fragen, ob eine Servitut nothwendig sei und wie entschädigt werden solle, gehörten nicht vor den Civilrichter, sondern zur Kompetenz der Verwaltungs- oder Polizeibehörde. — Diese Ansicht aber hat eine entschiedene Praxis gegen sich, und die Auffassung des „extra ordinem interpelletur" ist durchaus irrig, denn die römische extraordinaria cognitio umfaßte auch Civilsachen, und beobachtete die allgemeinen Grundzüge jeder contradiktorischen Verhandlung, nur ohne die charakteristischen Formen

---

119) Oberapp. Dresden im Wochenbl. 1851 S. 168. Nach Andern muß die Klage gegen alle Angrenzer gerichtet und dem officio judicis die Auswahl der Richtung überlassen werden. Elvers, l. c. S. 118. Hartitzsch, Entsch. no. 471—473. — Wo am bequemsten der Weg herzustellen, darauf legen Gewicht Wernher, obs. P. V. obs. 57. Zachariae, lib. quaest. 19. Die Rücksicht der Bequemlichkeit allein darf jedoch nicht entscheiden. Ackermann, Rechtssätze B. 7 S. 75.

120) Elvers a. a. O. S. 113, 120, 121. Alciatus ad l. 12 D. 11, 7. Engau, dec. P. I d. 536.

Digitized by Google

und Zeitbeschränkungen der Judicia[121]). Es handelt sich hier auch nicht um eine Eigenthumsabtretung im öffentlichen Interesse und zu Zwecken des Gemeinwohls, sondern lediglich zu Gunsten eines einzelnen Privatmannes auf Grund einer civilrechtlichen Bestimmung, also um eine Civilrechtsfrage; daher denn der Civilprozeß ganz am Platze ist. — Die Imploration auf Bestellung einer nothwendigen Servitut trägt hiernach keinen bestimmten Namen, sie ist insbesondere keine actio confessoria[122]), denn von dieser heißt es l. 8 §. 4 D. 8, 5 „per sententiam non debet servitus constitui, sed, quae est, declarari." Der Nothweg kann deshalb auch mittelst einer eigentlichen exceptio als Schutzmittel gegen die actio negatoria nicht gefordert werden[123]); denn das bisherige Verhalten des Beklagten wird damit nicht gerechtfertigt, und er bleibt dem Kläger für Schäden und Kosten zum Ersatz verbunden, auch wenn um der Kürze willen sein Anführen in demselben Prozesse mit verhandelt würde, was jedoch nicht für zweckmäßig erachtet werden kann. — Daß endlich der Kläger, ehe er den Richter um Bestellung einer Servitut angeht, außergerichtlich mit den betreffenden Grundstücksbesitzern ein gütliches Abkommen versucht habe, kann der Richter mit Fug verlangen, bevor er auf die Klage ausfertigt[124]). Es ist deshalb rathsam, den mißlungenen Güteversuch im Klagschreiben zu erwähnen. — Es muß ferner festgehalten werden, daß die Bestellung einer noth-

121) Rudorff, röm. Rechtsgeschichte B. II §. 59. 60. Der Ausdruck judex prospiciat läßt gar keinen Zweifel übrig.

122) Hufnagel, Mittheilungen 2. Heft S. 303. Elvers a. a. O. S. 123. Glück, Pand. B. 9 S. 628. Seuffert, Arch. B. I no. 177 S. 185. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1853 S. 146 ff.

123) Vgl. Seuffert, Archiv B. VI no. 156 (O.-A.-Gericht Jena vom 3. März 1840) Wochenblatt cit. 1853 S. 149.

124) Elvers a. a. O. S. 123. Glück, Pand. B. 9 S. 628.

Digitized by Google

wendigen Servitut lediglich auf Kosten des Antragstellers geschieht, weil sie eine Ausnahme von dem strengen Rechte umfaßt und lediglich in seinem Interesse erfolgt, auch nicht auf eine Rechtsverletzung Seiten des Gegners sich gründet. Jedoch ist dieser Grundsatz nur in soweit in Anwendung zu bringen, als nicht vom Gegner durch unbegründeten Widerspruch unnöthige Weiterungen veranlaßt worden sind [125]).

Derjenige, welcher durch richterlichen Ausspruch mit einer nothwendigen Servitut belastet wird, hat gegen seinen Autor keinen Eviktionsanspruch, l. 11 pr. D. 21, 2. — „futuros casus evictionis post contractam emtionem ad venditorem non pertinere“ [126]). —

§. 117.

Als gesetzliche Servituten dürften die nachstehend erwähnten nachbarlichen Berechtigungen aufzufassen sein, wenn sie im gemeinen Rechte eine hinreichende Stütze fänden.

A) Es soll der Nachbar die Ausbesserung einer Umfriedigung (Mauer, Planke, Stacket, Zaun) von seiner Seite her zu einer Zeit, wo an Früchten kein Schaden geschieht, sofern die Ausbesserung ohne die Betretung des fremden Grundstücks nicht thunlich ist, sich gefallen lassen müssen [127]). Der Grund soll im altdeutschen Nachbarrechte liegen, welches dem Nachbar auferlege, das zu leiden, was er in ähnlichen Fällen selbst ausüben würde. — Dies behauptet Scholz III. Gartenrecht S. 28 ff.

---

125) Wochenbl. 1853 S. 174. 149.

126) Curtius, Civilr. a. a. O. nota e, Beckers, Rechtsf. III 171.

127) Preuß. Landrecht Thl. 1 tit. 8 §. 155: „Dagegen muß ihm aber der Nachbar, von dessen Seite die Bretter angeschlagen sind, den Zutritt auf seinen Grund und Boden bei nothwendigen an der Planke sich ereignenden Bauten und Reparaturen gestatten.“ Nur von Herstellung ꝛc. von Bauwerken spricht §. 350 des sächs. Gesetzbuchs.

Digitized by Google

unter Berufung auf Mittermaier, deutsches Privatrecht §. 149 (ed. 3), Hagemann, Landw. §. 196, ohne irgend eine Quelle für seine Behauptung anzugeben. Scholz fügt weiter hinzu: wäre kein solches Recht vorhanden, so kann es als nothwendige Servitut gefordert werden nach dem Axiom, quod mihi quidem podesse potest, tibi non nocet, ꝛc. (l. 2 §. 5 D. 39, 3) und gelangt S. 37 auch zu der Behauptung, daß der Nachbar dem andern Nachbar das Beschneiden der Hecke von seinem Grundstücke aus gestatten müsse, indem er den bekannten Vers „veniam damus petimusque vicissim" citirt. Elvers (Themis B. I S. 118) deducirt, eine besondere Anwendung der Lehre vom Nothwege finde sich in der Praxis bei Aufführung und Reparaturen der Gebäude, Mauern u. s. w., indem die Nachbarn den Handwerksleuten nöthigenfalls den Zugang gestatten müßten.

B) Unter dem Namen Hammerschlag oder Hammerrecht (tour d'échelle) wird ein Recht angeführt, nach welchem der Eigenthümer seine Gebäude, Mauern u. s. w., sofern deren Ausbesserung und Wiederherstellung von seinem Grund und Boden aus nicht möglich ist, von dem Grundstücke (Hofe, Garten) des Nachbars aus wieder herstellen dürfe [128]).

C) Das Leiterrecht soll das Recht begreifen, daß ein Nachbar dem anderen nicht nur die Anlegung von Leitern und Gerüsten zum Bauen auf seinem Grund und Boden gestatten, sondern auch den erforderlichen Raum, den jedoch der Andere in keiner andern Weise benutzen darf, dazu offen lassen müsse [129]).

Buddeus im Rechtslexikon bezeichnet diese Befugnisse als

---

128) Königl. S. Gesetzbuch §. 350 gegen Ersatz des Schadens. Eisenachsche Stat. III art. 6.

129) Buddeus im Rechtslexikon B. IV S. 455. Scholz III. Baurecht S. 160. Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts §. 167 (149). Maurenbrecher, deutsch. Privatr. B. 1 §. 263.

Digitized by Google

„ein in der Regel in ganz Teutschland bestehendes Recht"; Mittermaier faßt sie als wechselseitige nachbarliche Servituten auf; sie sollen Ausflüsse des alten deutschen Nachbarrechts sein, nach welchem der Nachbar das leiden müsse, was er selbst gegen denselben ausüben dürfe. Seine Quellen sind Klöntrup, Osnabrück. Recht, v. Hammerschlag, und Merlin, repertoire, voce „voisinage". v. Holzschuher, Kasuistik, spricht von einem uralten deutschen Gewohnheitsrechte (Kasuistik II 1 S. 83) und stützt sich auf Mittermaier und Prosch, die Rechte der Nachbarn, Schwerin 1826. Dieser sagt §. 8: „Die Nachbarn müssen geringe Lasten, welche ihren Nachbarn größere Vortheile bringen, gegenseitig dulden. So ist der Hammerschlag schon in dem Wesen der Nachbarschaft begründet; er erscheint aber auch in vielen französischen coutumes, in denen das altgermanische Recht zum Theil ganz rein erhalten [130]).

In dem repertoire de jurisprudence par Merlin 1809 (30 edit.) wird jedoch ausdrücklich bemerkt, das Recht des tour de l'échelle finde sich nur in den coutumes de Bar et de Meaux; es sei nothwendig bei unserer Art, eng aneinander zu bauen, deshalb als Legalservitut zu betrachten, hervorgehend aus der Thatsache der Nachbarschaft, eingeführt par la loi municipale. Andere coutumes dagegen besagen, daß es nicht Statt habe ohne besondern Rechtstitel, und wie jede andere Art Servitut erworben sein müsse. Die coutumes de Remis führen es art. 378 als Folge des Traufrechts an, aber auch auf Vertrag, Herkommen oder Statut zurück. — Dies Alles bestätiget die obigen Behauptungen nicht. Auch

130) Weiske, Landwirthschaftsrecht, §. 281 citirt l. 11 pr. D. 8. 4, jedoch ganz unpassend, da sie vom Zugange als adminiculum servitutis handelt und eine Servitut voraussetzt. Auch führt derselbe ein Erkenntniß des königl. sächs. Appellationsgerichts v. 13. Jan. 1835 in Sachen Reuter contra Schubertin an.

Digitized by Google

in dem Artikel voisinage findet sich nicht das Mindeste, was eine solche nachbarrechtliche Servitut als Ausfluß der Nachbarschaft und als gemeines Gewohnheitsrecht oder Herkommen rechtfertigen oder begründen könnte; vielmehr wird ausdrücklich bemerkt, die Vorschriften des Nachbarrechts seien andere bei den neuen, andere bei den alten Völkern, andere in den Städten, andere auf dem platten Lande. Auf dem Lande namentlich seien viele in Geltung, welche man in den Kapitularien oder Ortsstatuten aufgezeichnet gefunden habe.

Welche Bewandtniß es nun mit dem aus dem altdeutschen Nachbarrechte angeblich hervorgehenden gegenseitigen Dulden hat, welches namentlich in dem Betreten des fremden Grundstücks bei Bauten und Reparaturen sich äußern soll, zeigt uns Prosch a. a. O. selbst am besten, wenn er §. 7 von dem Ueberhange und Ueberfall der Früchte sagt, das germanische Recht habe zu einer Abweichung vom römischen Rechte geführt, weil es ein nachbarlich trauliches Verhältniß begünstige; hierzu komme insbesondere die Idee von der Heiligkeit der Were, nach welcher man alleiniger Herr in seinem Hause und Gehöft sei und nicht gezwungen werden könne, fremdes Einschreiten in dasselbe zu dulden [131]). Hier wird also mit einem Male das Betreten des fremden Eigenthums aus demselben Grunde verweigert, aus welchem es bei dem Hammerschlage, Leiterrechte u. s. w. gestattet wird. Da sich nun auch in den alten sächsischen und deutschen Rechtsbüchern keine Spur davon findet, daß jene nachbar-

131) Das was hier Prosch als eine Eigenthümlichkeit des deutschen Rechts hervorhebt, vindizirt Elvers Servitutenlehre S. 60 ff. gerade dem römischen Rechte, indem er behauptet, den römischen Sitten und der römischen Denkart, welche selbst nicht einmal das Eindringen des Gläubigers in das Haus des Schuldners zuließ, um ihn vor Gericht zu laden (l. 18 D. 2, 4), habe es völlig widerstrebt, bei der serv. oneris ferendi dem Berechtigten den Eintritt in das dienende Haus zu verstatten. —

Digitized by Google

lichen Servituten Ausflüsse des alten Nachbarrechts (der ehemaligen Gesammtbürgschaft) seien, so sind alle jene Nachbarrechte eine bloße Erfindung einiger Rechtslehrer. Auch der Inhalt jener sogenannten nachbarlichen Servituten ist den Quellen des deutschen Rechts, mit Ausnahme einiger weniger Lokalstatuten, völlig fremd. Was man als eine Rechtsgewohnheit auffaßte, das ist nichts mehr und nichts minder als eine gewöhnliche Erscheinung im nachbarlichen Zusammenleben. Die Zulassung des Andern auf dem Nachbargrundstücke fußt — wenn man der Sache genauer nachforscht — nicht in dem Bewußtsein des Nachbars, daß der Andere ein Recht dazu habe, sondern in der Absicht, ihm eine Gefälligkeit zu erzeigen; sie ist also ein Produkt des gegenseitigen Bedürfnisses und nachbarlichen Entgegenkommens, und in sofern paßt das „veniam damus petimusque vicissim" ganz gut. Nur in den Köpfen einiger Baugewerken hat hie und da der Verfasser die Idee einer Berechtigung gefunden; aber ihre Ansicht von der Art und dem Umfange des Rechts war höchst unklar, und überhaupt waren sie ihrer Sache nicht sicher, indem sie sich blos auf ein Hörensagen berufen konnten.

Wenn nun auch hie und da in einigen Erkenntnissen einzelner Gerichtshöfe [132]) von einem betreffenden Gewohnheitsrechte gesprochen wird, so genügen diese wenigen Sentenzen jedenfalls nicht, um den Bestand eines Gewohnheitsrechtes nachzuweisen oder um dasselbe auf den Gerichtsgebrauch zu stützen. Vielmehr wird hier der Ausspruch in l. 39 D. 1, 3: „quod non ratione inductum, sed error e primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet [133]) — angewendet werden können. Wo jene Berechtigungen nicht auf Statuten oder Partikularrechte [134]) gegründet

132) O.A.G. Kiel bei Seuffert, Archiv B. 5 no. 107.

133) Savigny, System B. I S. 147 u. 178.

134) Grimm, Weisthümer B. I S. 780: „Item weisen wir auch,

Digitized by Google

werden können, sind sie demnach zu verneinen; es müßte sich denn derjenige, der sie in Anspruch nimmt, auf eine Lokalgewohnheit (Observanz) berufen, welchenfalls er den Beweis derselben zu führen hätte.

D) Das Recht der Anwende oder die Befugniß mit dem Pfluge bei dem Ackern des Feldes auf des Nachbars Grundstücke umzuwenden, soll nach Prosch, l. c. §. 8 ebenfalls der Gesammtbürgschaft oder Nachbarschaft des alten deutschen Rechts seine Entstehung verdanken und die ausgebreitetste Servitut germanischen Ursprungs sein. Den Nachweis aber dieser Genesis und des behaupteten Umfangs hat Prosch nicht einmal versucht, noch minder geliefert. In den älteren Rechtsbüchern und in den Sammlungen deutscher Rechtsquellen suchen wir Spuren der Entstehung und Entwickelung einer solchen Legalservitut vergebens[135]). Schilter, exerc. XX §. 5 und Pinther, Sächs. R. S. 371 bezeichnen es mit „Pflugrecht", aber nur als Ausfluß der Gemeinschaftlichkeit des Grenzraines[136]); der Erstere

---

wo zwen ein zaun zwischen hauss hoff oder eim garten stehen haben, soll einer dem andern hoffrieden geben und die Zeun einander helfen handthaben." Klöntrup, Osnabrück'sches Recht a. a. O. Eisenach'sche Statuten Thl. 3 Art. 6. Hellfeld, repert. juris v. Baurecht. Königl. sächs. bürgerl. Gesetzb. §. 350. Die Motive hierzu (S. 690) stützen es auf ein auf der Ueberzeugung der Nothwendigkeit beruhendes Gewohnheitsrecht resp. auf den Inhalt der Bauordnungen.

135) Grimm, Weisthümer B. III S. 627: „Jtem auch soll man auf die voräcker anwanden zu dem Korn bis s. Michaelistag, zu dem habern biz uf sanct Walburgistag und derselbigen voräcker hat einer zwölf schueh mehr dann ein anderes —" gnügt hierzu nicht und beruht auf längst begrabenen Verhältnissen. In den Distinktionen B. II c. 10 d. 6—8, Eisenach. Rechtsbuch III 77—79 ist nichts Bezügliches zu finden.

136) Preuß. Landr. 1. Thl. tit. 8 §. 118. 119: „Die Raine oder sogenannten Pflugrechte zwischen benachbarten Grundstücken werden in der Regel als gemeinschaftliches Eigenthum angesehen. — Sie dürfen also von keinem der benachbarten Besitzer ohne Einwilligung der Miteigenthümer verändert oder geschmälert werden."

Digitized by Google

namentlich citirt den Aggenus Urbicus, welcher den Zweck der Grenzſtreifen darein ſetzt, ut circumactus aratri locum habeat. Demnach gilt hier das, was wir vom Hammerſchlag u. ſ. w. bemerkt haben; das Anwenderecht, wo es nicht in Statuten oder Partikularrechten begründet iſt, muß auf einen beſondern Rechtstitel geſtützt und bewieſen werden [137]), wenn es nicht auf einem gemeinſchaftlichen Raine ſtattfindet.

E) Die Schaufelſchlage, das heißt das Recht desjenigen, dem eine Waſſerleitung zuſteht, dieſe zu reinigen und Sand, Schlamm und Steine auf das angrenzende Grundſtück auszuwerfen, kann nicht als eine ſelbſtſtändige Servitut aufgefaßt werden, ſondern erſcheint als ein adminiculum servitutis aquae ducendae, l. 11 pr. D. 8, 4, l. 1 pr. §. 1. 6. 7 D. de rivis. Es ſteht hauptſächlich den Mühlenbeſitzern hinſichtlich des Mühlgrabens zu [138]).

137) Motiven zum königl. ſächſ. Geſetzbuch S. 690 — „weil ein ſolches Recht, ſoweit es nicht durch Erſitzung, oder ſonſt beſonders erworben war, ſchon bisher nicht beſtand.“ Zeitſchrift f. Rechtspflege in Sachſen, N. F. B. 22 S. 180.

138) Klingner, Dorf- und Bauernrecht Thl. IV S. 406. Wochenblatt, ſächſ. 1845 S. 246. 1852 S. 89. Sächſ. Zeitſchr. f. Rechtspflege B. X S. 110 N. F. und B. XIV S. 324.

Digitized by Google

XI. Abschnitt.

Die Gebahrung des Eigenthümers mit seinen Grundstücken in speziellen Richtungen.

1) Der Eigenthümer darf sein Recht nicht blos, um dem Nachbar zu schaden oder zu kränken, ausüben.

§. 118.

In früheren Abschnitten dieses Buchs haben wir schon einige Beschränkungen, welche die Nachbarschaft dem Eigenthümer auferlegt, kennen lernen, nämlich bei Gelegenheit der cautio damni infecti und der actio aquae pluviae arcendae. Die Grundsätze, von denen beide Klagen durchdrungen sind, treffen in der einen Hauptidee zusammen, eine Milderung des Axioms, qui jure suo utitur, nemini facit injuriam, zur Beförderung des nachbarlichen Zusammenlebens und der Benutzung benachbarter Grundstücke herbeizuführen. Indessen beschränken sich doch beide Rechtsmittel darauf, positive Beschädigungen des Nachbars von Seiten des Eigenthümers zu verhüten; die Entziehung von Vortheilen, welche der Nachbar bisher faktisch genossen hat, wird dem Eigenthümer erlaubt. Es wurde jedoch dabei erwähnt, daß auch die Entziehung von Vortheilen, die der Nachbar genossen hat, dem Eigenthümer nur in sofern erlaubt sein soll, als dies zu seinem Vortheile dient und nicht blos in der Absicht geschieht, dem Nachbar zu schaden. Dies ist der Ausgangspunkt und die Basis für die in das Rechtssystem auf-

Digitized by Google

genommene Regel: daß Niemand sein Recht an Gebäuden und Grundstücken zur bloßen Chikane des Nachbars, d. h. lediglich in der Absicht, um diesen zu kränken oder zu benachtheiligen, ausüben darf[1]).

Es ist indessen diese Regel nicht unangefochten geblieben, und sie bedarf deshalb einer Prüfung. Für dieselbe hat sich die große Mehrzahl der besten juristischen Autoritäten ausgesprochen[2]): Schilter, prax. j. r. XVIII §. 10, Pufendorf, tom. IV obs. 263, Mevius, dec. lib. III tit. 12 art. 7, Struv, syntag. 39, 8, Stryk, usus mod. pand. VIII, 2 §. 23, Lauterbach, colleg. pand. 39, 1 §. 20, Carpzow, def. III, 131 d. 13, Gail, lib. II obs. 69, Thibaut, Pand. B. 1 §. 58, Mühlenbruch, doctr. pand. §. 129, Sintenis, Pand. B. I §. 27, Vangerow, Pand. B. 1 §. 297 Anm. 1, Curtius, sächs. Civilr. §. 1158, Hagemann, Landwirthschaftsrecht §. 422 no. 3, v. Holzschuher, Civilr. II 1 S. 81, Rechtslexikon v. Weiske, B. IX S. 147, Weber, von der nat. Verb. §. 101, Gesterding, Ausbeute 3. B. S. 391—397, Gerber, Privatr. §. 61 no. 7, Windscheid, Pand. §. 121, 3[3]).

Während nun die Meisten jene Regel dahin fassen, daß die Ausübung eines Rechts an einer Sache, besonders an Gebäuden und Grundstücken, welche für den Berechtigten offenbar

1) Der Ausdruck im aemulationem aedificare ist offenbar unpassend und zu eng (Gesterding, Ausbeute III S. 391), eben so der Ausdruck: Neidbau.

2) Auch viele Partikulargesetzgebungen, Preuß. Landrecht Thl. 1 tit. 8 §. 27: „Niemand darf sein Eigenthum zur Kränkung oder Beschädigung Anderer mißbrauchen. — Mißbrauch heißt ein solcher Gebrauch, welcher vermöge seiner Natur nur die Kränkung eines Andern zur Absicht haben kann." Vgl. noch Motiven zum Königl. Sächs. Gesetzbuch S. 610 ff. Das Gesetzbuch selbst hat übrigens keine Bestimmung über Chikane bei Ausübung eines Rechts.

3) Seuffert, Arch. X, 222, XXI, 192, XXXII, 204.

Digitized by Google

und voraussichtlich keinen Nutzen haben könne, dem Andern aber offenbar Schaden bringe, folglich nur aus Muthwillen oder Chikane geschehe, nicht erlaubt sei (Sintenis, Heimbach im Rechtslexikon, Vangerow), wollen einzelne Rechtslehrer diesen Grundsatz ganz allgemein von der Ausübung jeglichen Rechts gelten lassen (Thibaut, Böcking, Windscheid), andere wiederum ihn streng auf die in den Gesetzen gedachten Fälle, als Bauen und dgl. einschränken (Fritz, Erl. zu Wening-Ingenheim, Pand. B. I S. 49). Dagegen haben der fraglichen Regel Grund und Geltung gänzlich abgesprochen Thomasius (non ens actionis forensis contra aedificantem ex aemulatione, diss. tom. 2 no. 61), G. Schulz, de actione contra aedificantem ex aemulatione, Regim. 1712. Hufeland, Geist d. Röm. Rs. 1. Thl. S. 92. Schweppe, Röm. Privatr., 1. B. §. 146. Hommel, rhaps. IV obs. 520[4]).

Sie gehen dabei von folgenden Erwägungen aus: Die Stellen, auf welche man sich berufe, namentlich l. 3 pr. D. 50, 10 Nov. 63. l. 38 D. 6, 1 enthielten keine allgemeine Regel, sondern nur Vorschriften für spezielle Fälle, singuläre Verordnungen, die keine Ausdehnung auf andere Fälle gestatteten. Der in der ersten Stelle vorkommende Ausdruck ad aemulationem habe gar nicht die Bedeutung von Chikane; es werde darin nur Privatleuten verboten, öffentliche Bauten, wenn sie in der Absicht, andere Städte damit zu übertreffen, unternommen werden, ohne Erlaubniß des Fürsten zu beginnen. — Der Nachbar, dem keine Servitut zustehe, habe gegen den Bauenden kein dingliches Recht, folglich auch keine dingliche Klage. Eben so wenig habe er gegen Letzteren, da dieser ihm nichts versprochen, eine Klage ex contractu, noch gegen ihn, der nichts verbrochen, eine Klage ex delicto. Es existire übrigens kein Werk, was für den Unternehmer nicht einen Vor-

4) Auch Wächter, Unger, Ihering, s. Windscheid §. 121 not. 3.

Digitized by Google

theil habe und ohne Vortheil wende Niemand Kosten auf. Auch das bloße Vergnügen zähle zum Vortheil; dahin könne die Kränkung des Nachbars unter Umständen gerechnet werden, wenn man sich Genugthuung für Unbilden verschaffen wolle, die der Nachbar uns zugefügt habe und für die es gerichtliche Hilfe nicht gebe. Wer solche Genugthuung für unerlaubt halte, verwechsele die Moral mit dem Rechte. Daß sie erlaubt sei, gehe aus l. 9 D. de serv. pr. urb. hervor; hiernach könne man die Fenster, welche der Nachbar nach unserem Hofe zu anlege, mit einer Bretterwand verbauen. Es würde sich endlich auch nie der Beweis führen lassen, daß der Eigenthümer etwas unternommen habe, was ihm gar keinen Vortheil gewähre. Nun gäbe es zwar Vorschriften, in welchen ausdrücklich der Chikane begegnet werde; allein diese Vorschriften seien entweder nur zu Gunsten der Landwirthschaft erlassen, oder sie seien abnorme und singuläre Bestimmungen, aus denen eine allgemeine Regel abzuleiten ganz unzulässig sei [5]).

Man kann indessen diese Einwendungen gegen den obigen Rechtssatz als stichhaltig nicht anerkennen. Man muß zugestehn, daß die Veranlassung und das Motiv bei Ausübung eines Rechts in der Regel nicht der richterlichen Beurtheilung unterliege [6]), wir räumen ein, daß die l. 3 D. 50, 10 (de operib. publicis) zur Begründung des fraglichen Rechtssatzes nicht benutzt werden kann; sie enthält eine in römischer Denkweise begründete baupolizeiliche Verordnung, die schon als solche für uns keine Giltigkeit hat, überdies nur von öffentlichen Bauwerken handelt, und in den Worten: „praeterquam si ad aemulationem alterius civitatis pertineat, vel materiam seditionis praebeat" einen unsern Rechtssatz gar nicht berührenden Sinn ausspricht, wie Thomasius richtig auseinander gesetzt hat. Wir ge-

5) Hommel, rhaps. IV obs. 520.

6) Rechtslexikon B. IX S. 147.

Digitized by Google

ben endlich zu, daß jener Rechtssatz auch in keiner Stelle des Korpus juris klar und mit dürren Worten ausgesprochen worden ist. Dessen ungeachtet kann man behaupten, daß er im Rechtssystem aufrecht zu erhalten sei, weil er im Sinne und Geiste des römischen Rechts begründet ist und in verschiedenen Fragmenten sich deutlich und übereinstimmend offenbaret. Wir gedenken zunächst der Nov. 63. Ihr kann man entgegen stellen, daß sie eine baupolizeiliche Verordnung über eine ganz spezielle Frage enthalte und für das heutige Recht nicht mehr anwendbar erscheine. Allein die Worte: „aedificia exstruens, quae ipsi necessaria et inevitabilia futura sunt, nec vero in vicini circumventionem parietes exstruat, et velut in quadam pictura talem extendens machinationem prospectum eripiat“ — ferner die Ausdrücke malitia und malus vicinus sind in sofern von Bedeutung, als sie die Frage veranlassen, ob diese Ausdrücke und Vorschriften lediglich auf die vorliegende species facti sich beschränken, oder ob sie aus einem allgemeinen, dem römischen Rechte eigenen Prinzipe geflossen sind. Dieselbe Frage wird angeregt durch die l. 38 D. 6, 1, welche die Wegnahme der in ein fremdes Grundstück eingebauten oder eingepflanzten Gegenstände behandelt. Sie lautet: „Neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus, nisi ut officias.“ — Wichtiger noch sind folgende Stellen: l. 1 §. 12 D. 39, 3: „Denique Marcellus scribit: cum eo, qui in suo fundo fodiens vicini fontem averterit, nihil posse agi. Nec de dolo actio est; et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit“ — und l. 2 §. 9 ib.: „Idem Labeo ait: si vicinus flumen, torrentem averterit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae arcendae non posse;

Digitized by Google

— Quae sententia verior est, si modo non hoc animo fecerit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat.“ — l. 44 D. 47, 10: „Si inferiorum aedium dominus superioris vicini fumigandi causa fumum faceret, aut si superior vicinus in inferiores aedes quid aut projecerit aut infuderit, negat Labeo injuriarum agi posse. Quod falsum puto, si tamen injuriae faciendae causa immittitur [7]).“

Wir finden in dieſen Fragmenten folgende Dispoſitionen des Eigenthümers berührt: Bauen — hauswirthſchaftliche Verrichtungen, — landwirthſchaftliche Vorkehrungen, alſo alle Hauptzweige der Ausübung des Eigenthumsrechts an Gebäuden und Grundſtücken. Dieſe Wahrnehmung ſchon macht es wahrſcheinlich, daß wir nicht blos rein finguläre Beſtimmungen, ſondern vereinzelte Offenbarungen eines herrſchenden Prinzips vor uns haben [8]). Und es wächſt dieſe Wahrſcheinlichkeit zur Gewißheit an, wenn wir den Geiſt des römiſchen Rechts, wie er ſich in folgenden Stellen ausſpricht, noch in Erwägung ziehen, z. B. in l. 1 pr. l. 10 D. 1, 1: „jus est ars boni et aequi“ — „juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere“ — l. 144 D. 50, 17: „Non omne, quod licet, honestum est.“

Wir dürfen hiernach annehmen [9]), daß in dem Geiſte des römiſchen Rechts (in dem honestum wie in der nachbarlichen aequitas) der Grundſatz, daß Niemand ſein Eigenthumsrecht an Grundſtücken und Gebäuden zum bloßen Verdruſſe und Schaden des Nachbars, ohne einen andern vernünftigen und billigen

7) Vgl. oben §. 55.

8) Daß bloß Waſſer und Rauch erwähnt wird, kann wohl nicht gegen die Allgemeinheit des Satzes geltend gemacht werden.

9) Geſterding a. a. O. S. 395: „Daraus ſcheint ſich der allgemeine Grundſatz zu ergeben, daß man keine Bauten oder Anlagen machen dürfe, wenn ſie, ohne eigenen Nutzen, blos zum Schaden oder Verdruß des Nachbars gereichen ſollen.“

Digitized by Google

Zweck, ausüben dürfe, volle Rechtfertigung finde, und erkennen in den oben angeführten Stellen nur einzelne, nach Maßgabe der verschiedenen Fälle ausstrahlende Offenbarungen dieses Prinzips.

Damit sind denn schon die Hauptgründe der Gegner widerlegt, und es fragt sich noch, ob denn in l. 9 D. 8, 2 das chikanöse Bauen gestattet wird. „Cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non serviat, actio non est.“ Diese Stelle enthält die allgemeine Regel, daß derjenige, welchem keine betreffende Servitut zusteht, den Nachbar am Höherbauen nicht verhindern kann, auch wenn ihm dadurch das Licht entzogen wird; und in l. 26 D. 39, 2 wird erläutert, daß die Entziehung des Lichts nicht die Zufügung eines positiven Schadens, sondern nur die Entziehung eines faktischen Vortheils umfaßt. Damit aber ist noch nicht gesagt, daß das Höherbauen auch gestattet sei, wenn es nur aus Chikane geschieht. Denn es heißt auch in l. 1 §. 12 und l. 2 §. 9 D. 39, 3: „Si vicinus flumen averterit, et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo non posse“ — aber es kommt dann doch der Nachsatz: „si modo non hoc animo fecerit, ut tibi noceat“ etc. —

Für die Anwendung des fraglichen Grundsatzes hat sich aber die Gerichtspraxis entschieden ausgesprochen. Selten zwar sind die Fälle, in denen direkt derselbe zur Anwendung gekommen wäre, aber gelegentlich bei andern Fragen wird jener Grundsatz in einer Unzahl Rechtssprüchen anerkannt. Leyser sp. 426. sp. 8, Mevius VIII, 231, Carpzow a. a. O. Seite 227, Klein, Rechtssprüche der Halleschen Jurist. Fakult. B. 1 S. 282, Nettelbladt, Rechtssprüche des O.A.G. zu Parchim B. 5 S. 128, Ackermann, Rechtssätze B. 4 S. 84, de Lynker, rer. decis. in dicast. Jenens. no. 567. 967. 1189, Berger, responsa I 72, Richter, dec. jen. no. 6 und no. 131[10]).

10) Seuffert, Arch. X 222, XXI 192. Blätter für Rechtsanw., Ergänz.-B. zu Jahrg. 31. 32 S. 308 ff.

Digitized by Google

Da nun das Weſen des vertheidigten Grundſatzes darin beſteht, daß der Eigenthümer dem Nachbar Vortheile, die er bisher faktiſch genoſſen hat, nicht aus bloßer Chikane entziehen darf, was nur bei Gebäuden und Grundſtücken denkbar iſt, und da auch die einzelnen beſprochenen Stellen nur Dispoſitionen des Eigenthümers über Gebäude und Grundſtücke berühren, ſo kann die Ausdehnung des fraglichen Grundſatzes auf die Ausübung von Rechten überhaupt, insbeſondere von perſönlichen Rechten, nicht mit Beifall aufgenommen werden [11]). Wenn namentlich Böcking, Pandekten §. 128 lehrt: Die Ausübung eines Rechts aus bloßer Bosheit oder ſonſt unvernünftiger Abſicht findet keinen Rechtsſchutz, ſie widerſpricht dem Begriffe des Rechts; — ſo iſt darauf zu entgegnen, daß in dem Begriffe des Rechts im ſubjektiven Sinne nichts enthalten iſt, was die Motive der Rechtsausübung berührt. Was aber den Begriff des Rechts in objektiver Beziehung anlangt, ſo bezeichnen die Ausſprüche der Juriſten in l. 1 pr. l. 10 D. de just. et jure nur den Geiſt, von welchem das römiſche Recht getragen wird, ſind aber nicht geeignet, poſitive Normen für beſtimmte Rechtsverhältniſſe darzubieten. Wenn z. B. ein Freund dem andern ein Darlehen gegeben hat, es verwandelt ſich aber die Freundſchaft in Feindſchaft, und der Darleiher kündigt das Kapital und verklagt den Empfänger, lediglich um ſeinem Haſſe zu genügen, wenn der Gläubiger ſeinen Schuldner, der zur Zeit nicht zahlen kann, lediglich um ſein Rachgefühl zu befriedigen, von Haus und Hof bringt, mit welchem Grunde Rechtens könnte wohl der Richter hier die gerichtliche Hilfe gegen den Schuldner verweigern oder nur verzögern? Der Böcking'ſche Lehrſatz iſt auch in der Praxis unausführbar; die gerichtliche Erörterung der Motiven zur Rechtsausübung würde zu einem weitläufigen Prozeſſe im Prozeſſe

11) Vgl. Sintenis, Civilrecht §. 27 nota 6. Weiske, Rechtslexikon B. 9 S. 147.

Digitized by Google

führen, und meiſt ohne Reſultat verlaufen, denn der Berechtigte wird immer ganz unſchuldige und unverfängliche Beweggründe auffinden und vorſchützen können, um ſeine unmoraliſche und unvernünftige Abſicht zu verſtecken [12]).

Fragen wir nun nach dem Namen der Klage, welche dem Nachbar gegen chikanöſe Unternehmungen des Eigenthümers zuſteht, ſo geben uns die oben beſprochenen Stellen eine actio injuriarum, wenn der Gegner in der Abſicht, ihn zu höhnen, zu foppen, zu kränken, und eine actio de dolo, wenn er in der Abſicht, den Nachbar zu beſchädigen [13]), etwas ausgeführt hat, an die Hand. Man könnte nach l. 1 pr. D. 19, 5 wohl auch eine actio in factum als begründet annehmen, wenn es nach heutigem Rechte überhaupt noch des Namens der Klage bedürfte; nach dieſem genügt es jedoch, daß nur der Rechtsſatz, auf welchem eine Klage beruht, in den Quellen anerkannt iſt.

In jedem Falle hat der Kläger den Beweis zu führen, daß der Gegner nur, um ihm zu ſchaden (animo nocendi) oder um ihn zu kränken (injuriae faciendae), von ſeinem Rechte Gebrauch gemacht habe [14]). Dieſe Abſicht wird in vielen Fällen ſchon aus den thatſächlichen Verhältniſſen von ſelbſt ſich darſtellen. Dem Beklagten bleibt natürlich der Gegenbeweis, daß er einen vernünftigen und ihm nützlichen Zweck mit ſeiner Unternehmung (opus) verfolge, vorbehalten [15]). Dabei iſt zu erwägen, daß nicht ſchon die Entziehung einer bloßen Annehmlichkeit dem Nachbar Grund zur Klage gibt, ſondern es wird die Entziehung ſolcher Vortheile vorausgeſetzt, welche den wirklichen Ge-

12) Sintenis, Civilrecht a. a. O.

13) l. 1 §. 12 D. 39, 3. „Nec de dolo actio est.“ — l. 5 §. 3 D. 7, 4 „vel de dolo tenebitur.“

14) Mevius, dec. lib. 3 tit. 12 art. 7 no. 35. Gesterding, a. a. O. S. 397. Leyser, sp. 426 med. 8.

15) Die Formulirung des Eides bei Hagemann, Landwirthſchaftr. §. 422, nota 4 iſt nicht zu billigen, weil ſie nicht auf Thatſachen gerichtet iſt.

Digitized by Google

brauch und Nutzen des Grundstücks berühren. Dies ergiebt sich aus den oben citirten Stellen, welche wir zur Begründung des hier fraglichen Grundsatzes benutzt haben, sowie aus einer Stelle des Harmenopul, *πρόχειρον*, lib. II tit. 4 no. 50, nach welcher wir zwar dem Nachbar nicht verwehren können, so zu bauen, daß er die Aussicht in unser Gehöft hat, aber auch befugt sind, ihm diese Aussicht zu verbauen, um ihm den Einblick in unser Besitzthum zu entziehen [16]).

Das Umfriedigen und Einzäunen der Grundstücke betreffend.

§. 119.

Zu den kontroversen Lehren über das Grundeigenthum gehört auch die Frage: ob der Eigenthümer sein Grundstück beliebig umfriedigen, d. h. mit einer Mauer, einer Planke, einem Stacket, einem Zaune u. dgl. umgeben und verwahren darf. Bei Beantwortung dieser Frage lassen wir die Rechte Dritter, z. B. Jagdrecht [17]), Trift- und Weideservituten, welche dem Eigenthümer Beschränkungen in obiger Beziehung auferlegen können, außer Rücksicht, und ziehen unserer Aufgabe gemäß nur den Nachbar in Betracht.

---

16) Glück, Pand. B. X S. 115 — „et curet, ne despectari possint, sive per apertos, ut vocant, cancellos, sive per vela, vel prout ipsi libuerit.“

17) Von dem Jagdrecht nimmt man an, daß es sich nur bis an die Gärten der Ortschaften erstrecke, Weiske, Landwirthschaftsrecht §. 81. Leyser, jus georg. III, cap. 7. Beust, jus venandi pag. 75. Der Einzäunung eines Grundstücks steht das Jagdrecht nicht entgegen, sofern sie nicht dasselbe gänzlich verhindert oder Gefahr für das Wild (durch spitze Pfähle u. dgl.) herbeiführt. Runde, deutsch. Privatr. §. 160. Weiske a. a. O. §. 208. Hagemann, Landwirthschaftsrecht §. 208. A. M. im Rechtslex. B. V S. 247. — Vergl. noch Holzschuher, Kas. 1. B. 1. Abtheilung S. 133, 134.

Digitized by Google

In der ältesten Zeit war es die Markgenossenschaft, welche hier die einschlagenden Verhältnisse beherrschte und für die Markgenossen verschiedenartige Rechte und Verpflichtungen erzeugte[18]). Aber mit dem siegreichen Vordringen des Ackerbaues und mit der wachsenden Thätigkeit der Landgesetzgebung, die auch über Gemeinheitstheilung, Landeskultur und Gemeindeverhältnisse sich verbreitete, ist das Institut der Markgenossenschaft allmählig mit allen seinen Wirkungen verschwunden[19]). Wohl lassen sich mitunter einzelne Erscheinungen des Nachbarrechts noch auf jenes Markgenossenschaftsverhältniß zurückführen, aber diese Begründung bleibt meistentheils unsicher und zweifelhaft; jenes Verhältniß ist dem Rechtsbewußtsein der Gegenwart völlig fremd geworden, und die Begründung jener Erscheinungen in Herkommen, Verjährung, Statuten u. s. w. liegt viel näher und ist sicherer. Das alte Recht kämpft für die gemeine Weide und die gemeine Waldung gegen die andrängende Kultur; das neue Recht steht entschieden auf Seiten der letztern.

Auch hinsichtlich der Umfriedigung der Grundstücke sind die in der Markgenossenschaft wurzelnden Beschränkungen gefallen; sie haben ohnehin bei der vorgeschrittenen Beschränkung der Viehweide, Ablösung der Triftrechte, Grundstückszusammenlegung keine rechte Bedeutung mehr[20]). Gemeinrechtlich wird also der Satz vertheidiget werden müssen, daß (dem Nachbar gegenüber) der Eigenthümer beliebig seine Grundstücke umfriedigen und verwahren kann, sofern nicht Vertrag, Gesetze oder Statuten entgegenstehen, und die Umfrie-

---

18) Grimm, Rechtsalterthümer S. 495 ff., S. 524. Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte §. 14a, §. 60, §. 84a, §. 345b.

19) Grimm a. a. O. S. 495, S. 524. Eichhorn a. a. O. §. 345b.

20) Vom Zwang zu zäunen, von Vorschriften über die Stärke und Höhe der Zäune, Grimm, Rechtsalterthümer S. 528 und 549.

Digitized by Google

digung nicht lediglich in der Absicht, den Nachbar zu chikaniren, angelegt wird[21]). Hierbei, wie bei jeder anderen Anlage, hat er die Sache so einzurichten, daß kein Theil der Umfriedigung (Ueberbau, Anwurf, Zweige u. s. w.) in das Gebiet des Nachbars (in den Luftraum desselben) hinüber rage, resp. dem Nachbar keine Regentraufe zugewiesen werde[22]). Das sächs. Land-Recht B. II art. 50 sagt: „Und wer auch zäunet, der soll die Aeste von den Zaunruthen in seinen Hof kehren[23])" — denn der Nachbar braucht nicht zu dulden, daß sie über die Grenze in seinen Bereich hineinragen.

Man hat vielfach behauptet, nur Höfe und Gärten, resp. Felder mit Gartenrecht[24]) dürften eingehegt oder umfriedigt werden. Curtius, sächs. Civilrecht §. 612 b. not. r beruft sich für diese Ansicht auf Hagemann, Landwirthschaftsrecht §. 126. Dieser aber begründet den Satz lediglich damit, daß jeder nur in soweit über sein Eigenthum disponiren könne, als die Rechte und das positive Vermögen anderer dadurch nicht verletzt werden. Dieser Grund würde jedoch nur triftig sein, wenn

---

21) Sächs. Landr. III, art. 66: „Man mag wohl auch besetzten einen Hof mit Zeunen, oder mit Stecken oder Mauern, als hoch ein Mann reichen mag auf einem Roß sitzende". Das Preuß. Landr. Thl. I, tit. 8 §. 149 ff. bestimmt: „Dergleichen Scheidungen müssen aber die Grenzen gegen den Nachbar niemals überschreiten, noch demselben im Gebrauche seines Eigenthums hinderlich werden". Scholz III. Gartenrecht S. 27. v. Bülow und Hagemann, Erört. I no. 24 §. 1. Hagemann, Landwirthschaftsr. S. 295 §. 166. Kind, Sammlung von Rechtsspr. no. 1.

22) Vergl. §. 55 u. 112 oben. Sächs. Landr. B. II art. 49.

23) Das Rechtsbuch nach Distinktionen (II, 2, 15) und das Eisenach'sche Rechtsbuch (III, 26) sagen, daß man die „Storzeeln" nicht herauskehren dürfe, sonst müsse man, wenn sich ein Vieh daran beschädigte, den Schaden gelten.'

24) Als Garten wird im Zweifel nur angesehen, was mit einem Zaun umgeben und der Gartenkultur unterworfen ist. Thüring. Blätter für Rechtspfl. Bd. 7 S. 229.

Digitized by Google

der Nachbar an seinem Vermögen geschädigt oder eine Verletzung wohlerworbener Rechte durch die Umfriedigung veranlaßt würde. Wenn aber durch sie dem Nachbar nur faktische Vortheile, wie Luftzug, Sonne, Licht u. dgl. entzogen werden, darf dies nach bekannten Sätzen des römischen Rechts als erlaubt angesehen werden. Berger, oec. jur. lib. III tit. 6 th. 4 not. 4 stützt sich darauf, daß das Umfriedigen von andern Grundstücken, als Gärten und Höfen, moribus non licere. Allein den Beweis des Gewohnheitsrechts ist er schuldig geblieben[25]); was er als Gewohnheit ansah, war nur eine Folge des Jagdrechts und der Trift- und Weidegerechtsame, die früher so allgemein über Grund und Boden verbreitet waren, daß eine Befreiung zu den seltenen Ausnahmen gehörte. Schilter, prax. jur. rom. lib. XX tit. §. 59—64 beruft sich auf die l. ult. D. fin. regund. und auf das jus Saxonicum „daß man einen Pflug mag umwenden". Allein die erste Stelle hat keine praktische Giltigkeit (§. 122, 123) und das Recht der Anwende muß durch besondern Rechtstitel resp. durch besondere Verhältnisse (gemeinschaftlichen Rain u. s. w.) begründet sein, wenn es zur Anwendung kommen soll. Der Annahme eines Gewohnheitsrechts möchten auch die deutschen Rechtsquellen widersprechen. Das Rechtsbuch nach Distinktionen, B. II cap. II d. 15 spricht von Zäunen im Weichbilde oder im Felde, das Eisenach'sche Rechtsbuch III, 26 von Zäunen in Flur und Garten (Ortloff, Sammlung B. 1 S. 114 und 710). Von Zäunen um Wiesen siehe Grimm, Rechtsalterth. S. 550[26]).

Das Einhegen oder Umfriedigen eines Grundstücks steht in der Regel in der Willkür des Eigenthümers (res merae facultatis); ohne einen speziellen Ver-

---

25) Er bezieht sich auf Schilter, exerc. 20, th. 64.

26) Vergl. noch Kind, Sammlung von Rechtssprüchen S. 6.

Digitized by Google

pflichtungsgrund (Vertrag, Gesetz u. dgl.) ist Niemand verbunden, seinen Hof, Garten, sein Feld- oder Wiesengrundstück einzuzäunen, oder die bestehende Einzäunung zu unterhalten[27]). Auch hier sind die mit der Markgenossenschaft verflochten gewesenen Obliegenheiten des Grundeigenthümers[28]) zerstoben, und es wird nach gemeinem Rechte der Grundsatz maßgebend, daß kein Nachbar ohne Weiteres zum Nutzen des andern etwas zu thun verpflichtet ist. Selbst der Inhalt einer Servitut kann nicht darauf gehen, daß der Verpflichtete zu Gunsten des Berechtigten thätig sein soll, (ut aliquid faciat).

Das sächs. Landrecht B. II art. 49 bestimmt: „Ein jeglicher Mann soll auch bewirken seinen Theil des Hofs. Thut er das nicht und geschieht da Schaden, er soll ihn gelten. Geschehe ihm aber selber Schaden daran, den bedarf man ihn nicht wandeln[29])". Damit ist zusammen zu halten B. II, art. 38: „Der Man sol gelten den Schaden, der von seiner Verwahrlosung wegen andern Leuten geschieht, es sei von Feuer oder von Wasser, das er nicht bewirkt hat eines Kniees hoch über der Erden". Hierzu sei zunächst bemerkt, daß unter Hof im Munde des Sachsenspiegels nicht blos unser Hof im heutigen Sinne, sondern der ganze Gutssitz (mindestens Haus, Hof und anliegen-

27) v. Bülow und Hagemann, Erört. B. II, no. 24 §. 6. Höpfner, Komment. §. 1170. Hagemann, Landw. §. 165. Schilling, Landw. §. 281. Hagemann, prakt. Erört. B. 7 S. 17 no. VII.

28) Vergl. Grimm, Rechtsalterthümer S. 549 und S. 528. Weisthümer B. 1 S. 780 und 782.

29) Das Eisenach. Schöffenrecht III, 24 giebt den Inhalt des Sachsenspieg. wieder. Das Rechtsbuch nach Distinktionen, B. II c. 10 d. 1 ordnet: „Wer sin lanth seth adder had beseth, der sal by den strasszen unde wegen vorgraben und verzeunen. Tud he des nicht, unde geschet om schade von yemands wegen, den musz her om haben; es wer denne, daz man von rechten mutwillen daruf trebe unde daruffe hutte, do mag her wol umbe pfenden unde darumbe clagen".

Digitized by Google

der Garten) zu verstehen ist, sodann ist zu beachten, daß in jenen Stellen dem Nachbar oder einem Dritten keine direkte Klage auf Herstellung oder Erhaltung einer Umfriedigung gegeben, sondern nur bestimmt wird, daß er fremden Schaden, der durch die Umfriedigung wahrscheinlich verhütet worden wäre, z. B. durch Einlaufen des Viehes, besonders der Hühner und Gänse, ersetzen, und seinen eigenen, durch seine Unterlassung ihm erwachsenen Schaden nicht vergütet erhalten soll[31]). — Neben diesen Grundsätzen des sächsischen Rechts können auch die Vorschriften der lex Aquilia in Anwendung kommen, nach welchen Derjenige, welcher gemeingefährliche Anlagen an gangbaren Orten, oder überhaupt da, wo er Gefahr für Andere voraussehen konnte, bewirkt hat, gehalten ist, diese Anlagen zu umfriedigen oder den Schaden, den Andere dabei nehmen, zu ersetzen, („nam et qui occasionem praestat, damnum fecisse videtur") l. 28. l. 29 pr. l. 30 §. 3. l. 31 D. 9, 2. Hiernach erscheint es offenbar nicht gerechtfertigt, wenn viele Rechtslehrer bei Höfen und Gärten eine direkte Verpflichtung des Eigenthümers zur Einfriedigung annehmen[32]), und diese Pflicht sogar noch auf Grundstücke an engen Triften ausdehnen wollen, „weil es hier nicht möglich sei, das Vieh abzuhalten, daß keines eindringe und Schaden thue". Jedenfalls ist es Sache der Triftberechtigten, Anstalten zu treffen, daß die Weide ohne Schaden für die nichttriftigen Grundstücke abgehe.

Die Art der Umfriedigung, die Höhe derselben, der Wechsel in der Art ist beliebig, wenn nicht der

30) Anders entschied das A.G. zu Dresden 1801. Aber die Auffassung des Begriffs, wie sie im Eisenach'schen Rechtsbuche, in den Distinktionen, in den Weisthümern wiedergegeben wird (siehe obige Noten), spricht für unsere Ansicht.

31) Schilling, Landwirthschaftsrecht §. 281.

32) Hagemann, Landw. §. 165, §. 308. Curtius, sächs. Civilr. §. 612b nota u.

Digitized by Google

Eigenthümer durch Vertrag, Gesetz und dergl. beschränkt wird. Wenn Scholz, Gartenrecht S. 35 für Außenhecken eine Höhe von 6 Fuß, für Binnenhecken eine Höhe von 4 Fuß annimmt, so ist dies eine willkürliche Ansicht ohne alle rechtliche Grundlage. — Von der Unterhaltung der Umfriedigungen gilt dasselbe, was von der Herstellung; ohne einen besondern Rechtstitel[33]) kann ein Zwang zur Erhaltung und Besserung derselben gegen den Besitzer nicht geltend gemacht werden. Bei baufälligen Mauern, Planken u. dgl. kann der Nachbar die cautio d. inf. fordern, in geeigneten Fällen auch polizeiliche Hilfe suchen. — Ueber die Erhaltung und Besserung gemeinschaftlicher Grenzscheidungen (Zäune, Mauern, Stackete, Planken) haben wir keine besondern Normen in den Rechtsquellen. Wir müssen uns an die Grundsätze halten, welche für das Miteigenthum, insbesondere für den paries communis, dort aufgestellt sind[34]).

§. 120.

Der Eigenthümer kann die Culturart seines Grundstücks ändern.

In Ansehung des Gebrauchs und der Benutzung der Grundstücke gelten heut noch im Allgemeinen die Grundsätze des römischen Rechts. Die Beschränkungen, welche das deutsche Recht in Folge der Markgenossenschaft kannte, sind gefallen. Es kann also der Eigenthümer — in so weit nicht Servituten, testamentarische Anordnungen, Statuten, Landesgesetze u. s. w. entgegen stehn — innerhalb der Grenzen seines Grundstücks, wenn er nicht eine Immission in das Nachbargebiet bewirkt, beliebig das Grundstück gebrauchen, benutzen, verändern, bebauen, erhalten, ausbessern, oder auch

33) Oder Landesgesetze, z. B. Preuß. Landr. I, tit. 8 §. 152, 153, oder Statuten.

34) Vergl. §. 15 oben und §. 97 ff. unten.

Digitized by Google

verfallen und verkümmern lassen, auch wenn der Nachbar darunter leidet, d. h. Vortheile, die er bisher faktisch genossen hat, entbehren muß. Selbst für positive Nachtheile, welche er dem Nachbar dabei zugefügt, ist er demselben nicht verantwortlich, wenn dieser sich nicht durch die cautio damni infecti vorgesehen hat[35]).

Trotz dieser klaren und unzweifelhaften Bestimmungen des römischen Rechts hielt das Oberappellationsgericht zu Dresden den Grundsatz fest[36]): daß die natürliche Lage und Beschaffenheit der aneinander grenzenden Grundstücke den Besitzern die Verpflichtung auferlege, sich gegenseitig solcher Verfügungen über ihre Grundstücke und namentlich solcher Veränderungen derselben zu enthalten, welche eine Beschädigung des benachbarten Grundstücks zur unmittelbaren Folge haben[37]). — Wenn ich aber auf meinem Grundstück so tief grabe, daß des Nachbars Mauer einstürzen muß, und dieser, weil er sich keine Caution hat bestellen lassen, keinen Schadenersatz beanspruchen darf, auch mich an dem Graben selbst nicht zu verhindern vermag[38]), so kann man doch wahrhaftig nicht behaupten wollen, daß dieses für den Nachbar schädliche Gebahren an sich unerlaubt sei. Es widerspricht auch jener Grundsatz den klaren Bestimmungen in l. 3 §. 2. l. 24 pr. D. 39, 3, welche von Veränderungen an Grundstücken handeln, und sie für erlaubt erklären, auch wenn der Nachbar Schaden leide (coeperit vicino nocere"). Wir sehen jedoch von weiteren Er-

35) l. 151 D. 50, 17. l. 24 §. 12. l. 26 D. 39, 2. l. 1 §. 11, §. 12. l. 2 §. 9. l. 21 D. 39, 3. — l. 24 §. 12. l. 2 und 6 D. 39, 2.

36) Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1857 S. 27 ff.

37) Anders das sächs. Gesetzbuch §. 352.

38) l. 24 §. 12 vergl. mit l. 6 D. 39, 2.

Digitized by Google

örterungen hier ab, da schon §. 28 dargethan worden, daß jener Satz zu Recht nicht besteht.

Nach gemeinen Rechten ist der Eigenthümer — wenn nicht Landesgesetze, Statuten, Hut- und Weideservituten, Jagdrecht, Zehntrecht u. dgl. ein Hinderniß bereiten — in Ansehung seines Nachbars befugt, die Kulturart seiner Grundstücke beliebig zu ändern. Wir finden da in l. 3 §. 2 D. 39, 3 die Vorschrift, daß er aus Feld Wiese machen und diese wässern kann, auch wenn dem Nachbar das Wässern Schaden bringt (si coeperit assidua irrigatione vicino nocere"), jedoch mit der Beschränkung: „nisi locum complanaverit, eoque facto citatior aqua ad vicinum pervenire coeperit", weil in diesem Falle dem Nachbar die aquae pluv. arcendae actio zusteht. Eben so darf der Eigenthümer nach l. 24 pr. D. 39, 3 seine Wiese in Feld verwandeln und so pflügen, daß das Regenwasser nach dem Nachbargrundstücke in den gewöhnlichen Ackerfurchen abläuft[39]).

Damit stimmen denn auch alle Rechtslehrer überein; Weiske, Landwirthschaftsrecht §. 9, §. 13, §. 45: „Sofern nicht Rechte des Dritten entgegen stehen, ist hinsichtlich der Fruchtfolge, Arthaltung, nicht minder zu Beibehaltung bisheriger Klassifikation Niemand gebunden. Es ist dem Eigenthümer unverwehrt, aus Wiese Feld zu machen u. s. w. So auch Schilling, Landwirthschaftsrecht §. 275 und Hagemann, Landw. §. 126[40]). Eine

39) Vergl. §. 35 oben.

40) Schilling beruft sich auf Rohr, Haushaltungsrecht Thl. I, S. 762; aber es ist dort nichts Bezügliches zu finden. — Kind, quaest. for. III, cap. 33 (alte Ausg.): „jus, agros suos pro lubitu colendi, modumque culturae usitatum immutandi, ad res merae facultatis pertinet", und führt 2 Erkenntnisse des königl. sächs. A.G. von 1793 und 1794 an. Kind, l. c. IV, c. 49. Leyser, spec. 462, med. 36—38. Wernher, obs. p. III, obs. 204. Ackermann, Rechtssätze B. 9 S. 19 ff., S. 60 ff.

Digitized by Google

Beschränkung des Eigenthümers kann das Pflugrecht in Folge der Dreifelderwirthschaft[41]) erzeugen; eine solche Beschränkung muß aber auf das Herkommen oder auf Statuten, Gesetze ꝛc. gestützt werden können.

Dagegen ist der Eigenthümer dem Nachbar gegenüber nicht verpflichtet, sein Grundstück in Kultur zu halten; er kann es ungebaut und wüst liegen lassen, auch wenn dies dem Nachbar Schaden bringt. Wohl aber kann der Eigenthümer aus andern Gründen jene Verpflichtung haben, z. B. nach Partikulargesetzen[42]). Ob die Bestimmung in c. 8, Cod. 11, 58 über den ager desertus bei uns praktische Anwendbarkeit habe, ist bekanntlich eine sehr bestrittene Frage[43]). Daß der Inhalt jener kaiserlichen Verordnung mit dem deutschen Rechte harmonire, was man mit Bezugnahme auf das Sprüchwort: „wenn der Busch dem Reuter an den Sporn, so hat der Unterthan sein Recht verlor'n" — beweisen will, muß in so fern bestritten werden, als nach deutschem Rechte das eine gewisse Zeit lang nicht cultivirte Land wieder gemeine Mark, Eigenthum der Flurgemeinde, wurde, aber nicht Eigenthum jedes beliebigen Okkupanten[44]).

Darf der Eigenthümer unmittelbar neben der Grenze Bäume pflanzen, Hecken und Zäune anlegen und dergl.?

§. 121.

Auch diese Frage hat bei den Rechtslehrern und in der Praxis eine verschiedene Beantwortung gefunden.

41) Hagemann, Landw. §. 126.

42) Preuß. Landr. Thl. I, tit. 8 §. 61.

43) Vergl. Holzschuher, Civilr. B. 2, Abth. 1 S. 179. Die Anwendung verwirft Böcking, Pand. B. 2 §. 154 not. 28.

44) Grimm, Rechtsalterth. S. 525. Weisthümer B. I S. 419.

Digitized by Google

Scholz III, Gartenrecht S. 27 behauptet, lebende Hecken dürften, wo nicht durch Verträge, Gesetz, Herkommen oder Verjährung ein anderes bestimmt worden, nicht unmittelbar an der Grenze angelegt werden. Ein Abrücken von 2 Fuß halte er für genügend. Hagemann, Landw. §. 167 nimmt an, wer eine lebende Hecke pflanzen wolle und nicht Heckenrecht nachweise, müsse 2 bis 3 Fuß von der Grenze abrücken. Wenn aber eine Hecke seit rechtsverjährter Zeit auf der Grenze gestanden habe, könne kein Einrücken gefordert werden. Diese Verpflichtung zum Einrücken liege in der Natur der Sache selbst, sonst würden Wurzeln und Zweige in das Gebiet des Nachbars eindringen und dieser sie abschneiden können. Nach Emminghaus, Pand. S. 441 erkannte der Schöppenstuhl in Jena 1764, die Anlegung eines lebendigen Zaunes müsse 1 Fuß von der Grenze geschehen[45]).

Ferner sagt Scholz III a. a. O. S. 75: Gemeinrechtlich dürfe nach Analogie der l. 13 D. fin. reg. Kernobst nur 9 Fuß, Steinobst 5 Fuß von der Grenze entfernt gepflanzt werden[46]). Weiske, Landwirthsch. §. 23 behauptet, an dem Rande des Feldes und überhaupt auf Letzteres dürfe Niemand Bäume und Gesträuche setzen, sofern sie durch Schatten und Wurzelziehen dem Nachbar schaden (l. 13 D. 10, 1. l. 6 §. 2 D. 47, 7). Aehnliche Aussprüche findet man bei Haubold, sächs. Privatrecht §. 360, Curtius, sächs. Civilr. §. 612b nota t., Schmidt, Abh. versch. Rechtsmat. I, 47. Man hat dann weiter gefolgert, daß derjenige, welcher eine Hecke ausrode und an deren

45) Pinther, sächs. Landr. S. 371 nimmt 1½ Fuß an. Vergl. Klapproth, Entsch. verh. Rechtsfälle Thl. 1 S. 873. A. M. Strube, rechtl. Bedenken Thl. 5 S. 281.

46) Er führt ein Erkenntniß der E. J. Kanzlei zu Wolfenbüttel in S. Bendler u. Oppermann, vom 9. März 1807 an, welches bei Zwetschenbäumen auf 5 Fuß Entfernung erkannte.

Digitized by Google

Stelle einen Pfahlzaun, eine Planke u. dergl. errichte, nach der Grenze 2—3 Fuß vorrücken dürfe; Overbeck, Med. IV, S. 227. v. Holzschuher a. a. O. II, 1 S. 123 (obwohl dieser die l. 13 D. 10, 4 als Antiquität betrachtet), v. Bülow und Hagemann, Erört. Thl. 5 S. 115, Hagemann, Landwirthsch. §. 167.

Die entgegengesetzte Meinung aber wird vertheidigt in v. Langenn und Kori, Erört. Thl. II, S. 246[47]). Hier wird deducirt, daß die l. 13 D. 10, 1 nicht eine lex dispositiva, sondern nur im historischen Interesse erwähnt sei, und wird darauf hingewiesen, daß die römischen Vorschriften vom Ueberhang der Aeste, wenn jene Ansicht richtig wäre, gar keine praktische Bedeutung hätten haben können; denn wenn man erwäge, daß der Grenzstreifen 5 Fuß breit gewesen und überdies noch mit dem Baumpflanzen 5 Fuß von der Grenze abzurücken gewesen sei, so wäre ein Ueberhängen der Baumäste unmöglich gewesen, (Dirksen, Uebersicht der bish. Versuche S. 469. Stryk, usus mod. pand. p. 195. Hagemann, prakt. Erört. VII, no. 128.) Demgemäß hat auch das O.A.G. in Dresden stets erkannt, daß der Eigenthümer bei Holz- und Baum-Anpflanzungen bestimmten gesetzlichen Beschränkungen nicht unterworfen sei; auch sei es nicht begründet, daß ein lebendiger Zaun nur in gewisser Entfernung von der Nachbargrenze angelegt werden dürfe; l. 13 D. 10, 1 und l. 9, 10, 12 Cod. 8, 10 seien heutigen Tages nicht anwendbar, einestheils weil sie auf dem römischen Begriffe von der Heiligkeit der Grenze beruhten, anderntheils weil sie römische Baupolizei-

47) Desgl. bei Sintenis, Civilr. B. I, §. 48 S. 477. Rosen, fragm. Gajani etc. interpr. Lempo 1831. Bangerow, Leitfaden, B. I, §. 297. Struvius, syntagma jurispr. 39, 7. Göschen, Vorles. B. 2 Buch 2 §. 226. Weiske, Rechtslex. B. IV, S. 453. B. VIII, S. 511. Stryk, usus mod. X, 1, §. 14. Sächs. Zeitschr. B. 19 S. 289.

Digitized by Google

verordnungen enthielten. Auch sei weder in II, 51 noch in II, 50 u. 52 des sächs. Landrechts ein Anhalt für solche Beschränkungen zu finden. Wenn Sonnenlicht und Luftzug dem Nachbar entzogen würden, so müsse er sich das gefallen lassen, denn injuriam non facit, qui jure suo utitur. Das Recht der Anwende müsse besonders hergebracht sein, wenn es ein Hinderniß abgeben solle, und der Umstand, daß das Pferd beim Acker nicht gehen könne, sei ganz unerheblich[48]). — Wir müssen der Ansicht beistimmen, daß der Eigenthümer in der Nähe der Grenze Bäume, Sträuche, Hecken u. dgl. anpflanzen und daß der Nachbar dies nicht verbieten oder verhindern kann, sofern die Grenze nicht überschritten wird. Den Hauptgegenstand des Streites bildet hierbei die Frage, ob die l. 13 D. 10, 1 heut zu Tage in Anwendung kommen kann[49]). Sie lautet: (Gajus libro IV ad leg. duodecim tab.) „Sciendum est, in actione finium regundorum illud observandum esse, quod ad exemplum quodammodo ejus legis scriptum est, quam Athenis Solonem, dicitur, tulisse; nam illic ita est: „Si quis sepem ad alienum praedium fixerit infoderitque, terminum ne excedito; si maceriam, pedem relinquito; si

---

48) Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1843 S. 10. 1860 no. 22, 23. Zeitschr. f. sächs. Rechtspfl. 1842 S. 277. B. XVIII, N. F. S. 338. B. XIX, N. F. S. 95 und 344. Kind, auserlesene Rechtsspr. Heft 1 S. 1. Das königl. sächs. Gesetzbuch hat keine Beschränkung des Eigenthümers, weil eine solche das bisherige Recht nicht kannte und weil die Negatoria Aushilfe gewährt. Motiven S. 693.

49) Die Anwendung verneinen: Das Obergericht in Wolfenbüttel, Erk. v. 18. Dez. 1854 (Matthiä, Kontroverſenlex. S. 56). Das O.A.G. in Kiel (Seuffert, Arch. B. V, no. 107). Das O.A.G. in Dresden (Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. B. 2 S. 277. B. 19 S. 344 ꝛc.) Das O.A.G. in Darmstadt (Seuffert, B. 7 no. 281). A. M. ist das O.A.G. in Celle, welches durch ein in der Gesetzsammlung promulgirtes Präjudiz vom 8. Jan. 1845 die heutige Anwendung behauptet hat. Seuffert, Arch. B. 5 no. 141.

Digitized by Google

vero domum, pedes duos; si sepulcrum aut scrobem foderit, quantum profunditatis habuerint, tantum spatii relinquito: si puteum, passus latitudinem; at vero oleam aut ficum ab alieno ad novem pedes plantato; ceteras arbores ad pedes quinque". (Versio vulg.)

Dieſe Stelle giebt uns, wie aus den Worten derſelben unzweifelhaft erhellt, nicht den wirklichen oder wörtlichen Inhalt des betreffenden Zwölftafelgeſetzes oder des geltenden röm. Rechts, ſondern ſie enthält den Wortlaut der Soloniſchen Geſetzgebung. Daſſelbe Verfahren hält Gajus in l. 4 D. 47, 22 ein: „His autem potestatem facit lex, pactionem quam velint, sibi ferre. — Sed haec lex videtur ex lege Solonis translata esse, nam illic ita est: Ἐὰν" etc. Gajus ſetzt in beiden Fragmenten den bezüglichen Text des Zwölftafelgeſetzes als bekannt voraus. Da dieſer ſelbſt nicht angeführt wird und auch in andern Fragmenten nicht exiſtirt, vielmehr anderwärts Beſtimmungen gefunden werden, welche mit den Vorſchriften in l. 13 nicht wohl vereinbar erſcheinen, z. B. die Klage in l. 6 §. 2 D. 47, 7, wenn man die 5 Fuß Breite des limes mit heranzieht, das interdictum de arborib. caed. l. 1, 2 D. 43, 27, der Fall in l. 3 §. 4 D. 43, 17 und l. 22 pr. D. 43, 24[50]), der Rechtsſatz arbor est, in cujus fundo origo ejus fuerit in l. 6 §. 2 D. 43, 7, da ferner die römiſchen Schriftſteller über die Landwirthſchaft (de re agraria) niemals jener Vorſchriften gedenken und dieſelben doch von großer praktiſcher Wichtigkeit geweſen wären, ſo darf man annehmen, daß der bezügliche Inhalt des Zwölftafelgeſetzes durch desuetudo[51]) außer Uebung gekommen und zu Gajus Zeiten ſchon

50) „Si auctor vicini tui ex fundo tuo vites in suas arbores transduxit".

51) l. 32 f. D. 1, 3, §. 11 Inst. 1, 2. Dafür ſpricht auch, daß Harmenopul, πρόχειρ. νομῶν lib. II tit. 4 no. 78 für Miſtgruben, Abtritte

Digitized by Google

nicht mehr anwendbar war. Aber dann fragt sich, warum erinnert Gajus daran, und warum haben die Kompilatoren in tit. 10, 1 der Pandekten das betreffende Fragment aufgenommen? Gerade diese Stellung des Fragments[52]) und Gajus eigene Worte „in actione finium regund. illud observandum esse, quod ad exemplum — scriptum est" deuten deutlich den Zweck uns an[53]). Es soll nämlich bei Ermittelung dunkler und streitiger Grenzen wohl beachtet werden, daß früher (nach den 12 Tafeln) Vorschriften existirt haben, nach welchen der Eigenthümer bei Graben, Pflanzen, Bauen sich habe in gewisser Entfernung von der Grenze halten müssen. Bei sehr alten Gebäuden, Grabstätten ꝛc. könne es daher vorkommen, daß der Eigenthümer noch über den von ihm benutzten Raum hinaus Anspruch auf Grund und Boden zu machen habe, daß also die Grenze nicht mit dem Keller, Grabmale oder Gebäude abschließe. In sofern konnte das Zwölftafelrecht bei Ermittelung der Grenze noch zur Justinianeischen Zeit praktische Bedeutung haben, und zu dem Ende dürfte das fragliche Fragment Aufnahme gefunden haben[54]).

---

und Wasserlöcher 3 resp. 6½ Fuß Entfernung als gesetzliche Vorschrift anführt, Glück, Pand. X, S. 134; noch mehr aber der Inhalt in c. 12 Cod. 8, 10 — namentlich: „de hortis et arboribus nec in priore legislatione tractatum est, nec quidquam praesenti addetur, neque enim convenit" (§. 2).

52) l. 12 vorher bestimmt: „non enim termini, qui singulos fundos separabant, observari debent, sed demonstratio affinium novos fines inter fundos constituere".

53) Bangerow, B. 1 §. 297 ist der Meinung, Gajus führe die Solonischen Bestimmungen nur an, um anzudeuten, daß das Prinzip, worauf sie beruhten, auch im röm. Rechte anwendbar sei. — Allein was hätte ein solches Prinzip mit der actio fin. reg. zu schaffen? Der Text lautet ja: in actione fin. reg. illud observandum esse — und was hilft beim Raume ein Prinzip ohne Maß-Angaben?

54) Aehnliche Ansicht bei Nettelbladt, Rechtsspruch des O.A.G. zu Parchim, B. 5 S. 130 ff. Augustinus de leg. Rom. 1583 pag. 240.

Digitized by Google

Die Bestimmungen des Sachsenspiegels in B. II, art. 50, 51, 52:

„Und wer auch zäunet, der soll die Aeste von den Zaunruthen in seinen Hof kehren" —

„Seine Baumzweige sollen auch über den Hof nicht gehen noch hangen, seinen Nachbarn zu Schaden" — und: „Flicht sich der Hopp über den Zaun, wer die Wurzel im Hofe hat, der greif über den Zaun" ꝛc.

enthalten nichts, woraus man eine Beschränkung des Eigenthümers in Ansehung des Pflanzens von Bäumen, Sträuchen, Hecken ꝛc. in der Nähe der Grenze ableiten könnte[55]). Erscheinen hiernach die von Scholz, Hagemann u. A. gegebenen Regeln im gemeinen Rechte nicht begründet, so fallen damit auch deren Konsequenzen, welche wir oben erwähnt haben, z. B. das Ausrücken um einige Fuße, wenn man an Stelle einer Hecke einen Pfahlzaun setzt.

Partikularrechte und Statuten enthalten dagegen häufig Bestimmungen des Inhalts, daß Bäume, Sträuche, Hecken, Weinstöcke u. dgl. in gewisser Entfernung von der Grenze gepflanzt werden sollen[56]).

Die l. 13 solle daran erinnern, daß in verschiedenen Provinzen verschiedenes Recht in diesem Punkte gelte.

55) Rechtsbuch nach Distinktionen B. II c. II, d. 15: „Alle Zcune, dy man zcunet in wichbilde, adder im felde, ymme boymgarten, adder umbe krutgarten, dy sal eyn iczlich man dy storczen uf dy gewer kern unde nicht herufs". Gleichen Inhalts ist das Eisenachsche Rechtsbuch III, 26. Vorher (25) lautet es: „Wer syn zcun adir blichin (Planke) vornuwin wel, der sal sin nachkebur darzcu nemen, wann her eyn nuwin setzcit, der die kuntschaft des alten gebuwes sehit pas die befredunge noch rechte geschehe". S. recht. Vergl. über Antiquirtes, aber Interessantes noch Grimm, Alterth. S. 66, S. 550.

56) Vergl. Gerber, deutsch. Privatr. §. 86. Civilgesetzb. f. Baiern art. 676. Code civil art. 671, 674 Weimar. Pat. v. 15. Juni 1819, §. 6. Preuß. Landrecht I, 9 §. 287 ff. Badisches Landr. Art. 671. Das königl. sächs. Gesetzbuch enthält in §. 359 nur Beschränkungen bezüglich

Digitized by Google

Bauen und Anlagen machen.

§. 122.

Bei dieſer für das Nachbarrecht ſo wichtigen Materie müſſen wir nothwendig über eine Vorfrage uns völlig klar werden, die von der größten Bedeutung für das Baurecht ſein muß, aber bis heut nicht übereinſtimmend beantwortet iſt, d. i. über die Frage, *ob und wie weit die römiſchen Baupolizeigeſetze hierbei Anwendung finden*[57]). Die Vorſchriften des römiſchen Rechts über Bauen und Gebäude laſſen ſich in drei Kategorien zertheilen, a) ſolche, welche *rein privatrechtlicher Natur* ſind, z. B. die, welche bei Behandlung der Servituten, des Eigenthums, der cautio damni infecti u. ſ. w. vorkommen, b) ſolche, welche rein *polizeilicher* Natur ſind und c) ſolche, welche, obſchon *polizeilicher* Natur, doch privatrechtliche Folgen im Geleit haben, z. B. l. 52 §. 10 D. 17, 2. c. 4, 12. Cod. 8, 10. Daß die unter a gedachten privatrechtlichen Vorſchriften, ſo weit ſie auch bei uns bekannte Einrichtungen und Verhältniſſe betreffen, noch heutigen Tages anwendbar ſind, kann nicht bezweifelt werden; ſchwieriger wird die Entſcheidung in Anſehung der unter b und c begriffenen Vorſchriften, über welche die Anſichten der Rechtsgelehrten ziemlich auseinander gehen. Unter baupolizeilichen Vorſchriften ſind ſolche Verordnungen zu verſtehn, bei denen die Abſicht des Geſetzgebers in der Hauptſache nicht darauf geht, eine ſchon vorhandene höhere Rechtsregel durchzuführen, oder die der Rechtsordnung zwiſchen den Staatsbürgern dienenden Normen zu ergänzen reſp. zu befeſtigen, ſondern darauf gerichtet iſt, die

---

Viehſtälle, Düngergruben, Waſſergräben u. dergl.; ſie dürfen dem Grundſtück des Nachbars keinen Schaden bringen.

57) Ueber dieſe Frage eingehend: A. *Schneider*, die privatrechtlichen Beſtimmungen des Züricheriſchen Baurechts, Zürich 1865.

Digitized by Google

allgemeine Sicherheit und Bequemlichkeit der Bewohner von Städten und andern Ortschaften, die Annehmlichkeit der Wohnungen und des Aufenthalts daselbst, namentlich aber die Würde und das äußere Ansehen der Städte und Ortschaften zu erhalten und zu fördern. Charakteristisch ist an ihnen: a) Sie sind nicht Konsequenzen einer schon vorhandenen höheren Rechtsregel, nicht organische Gebilde des Privatrechts-Systems, sondern meist eigenthümlichen vom allgemeinen Rechte abweichenden Inhalts; b) sie künden Zwang und Verbote an, oft verbunden mit Strafen, öffentliche oder Privat-Strafen; c) meist sind sie von lokaler Färbung und Schöpfungen der Kaiser.

Diesen baupolizeilichen Vorschriften, mögen sie nun mit privatrechtlichen Ausläufen verbunden sein oder nicht, müssen wir durchweg die Anwendung in Deutschland absprechen. Denn aus der römischrechtlichen Sammlung ist nur der auf das Privatrecht bezügliche Inhalt als recipirt anzusehen; die Baupolizei aber gehört zum Regierungsrechte, ist mithin ein Theil des Staatsrechts[58]) und darum sind die Diktate der römischen Baupolizei für uns unverbindlich. Es ist ferner vom römischen Rechte nicht recipirt worden, was auf eigenthümlich römischer Sitte und Anschauungsweise beruht, auch nicht, was römische Einrichtungen und Gebräuche berührt, welche uns fremd geblieben sind[59]). In keiner Hinsicht aber kann zwischen Süden und Norden, zwischen Italien und Deutschland eine größere Verschiedenheit der Sitte und der Gewohnheit gefunden werden, als in Ansehung der Gebäude, der Wohnungen und der damit verbundenen Einrichtungen[60]), weil diese

58) Savigny, System I, B. 1 §. 17 S. 69. Weiske, Rechtsl. B. 9 S. 162.

59) Savigny, l. c. Falk, jur. Encyclopädie §. 90. Weiske, Rechtslex. B. 8 S. 834.

60) Vergl. Sintenis, Civilr. B. 1, §. 62 nota 2. Nitsch, Be-

Digitized by Google

durch das Klima, durch die Gestaltung des häuslichen und öffentlichen Lebens und den Kulturzustand eines Volkes wesentlich bedingt werden. Dies macht es wohl begreiflich, daß das römische Recht, als es in Deutschland allmälig Wurzel zu schlagen begann, in Ansehung des Baurechts hier keinen Fuß fassen konnte. Ueberall in Städten und auf dem platten Lande traten ihm die deutschen Gewohnheiten entgegen, alt und fest gebildet, und durch Landrecht und statutarisches Recht ergänzt und befestigt[61]). Dies beweisen die alten Rechtsbücher und die Stadtrechte des 12. und 13. Jahrhunderts, die vorzugsweise fast immer ein Stück Bauordnung mit umfassen. Und ist nicht die ganze äußere Erscheinung unserer Städte und Dörfer, die Gestalt unserer Häuser u. s. w. der sprechendste Beweis, daß die römischen Gesetze über die Form und Höhe der Gebäude, über die Zwischenräume zwischen denselben (ambitus, legitimum spatium) über Anlegung von Fenstern u. dergl. niemals beachtet worden sind?

Wir müssen aber noch hinzufügen, daß die Anwendbarkeit der baupolizeilichen Anordnungen des römischen Rechts von Alters her in der Praxis, wie in der Wissenschaft vielseitig bezweifelt und verneint worden ist; diese Thatsache fällt um so schwerer ins Gewicht, als die Reception des römischen Rechts bekanntlich nicht auf einem legislatorischen Akte, sondern auf der Hingabe der Rechtsgelehrten an dasselbe und auf der wissenschaftlichen Pflege desselben beruht. — So bezweifelt schon Voët, comm. X tit. 1 §. 12 die Anwendung der römischen Gesetze circa interstitia aedium, cum id in singulis regionibus, imo oppidis singulis, varie legibus municipalibus definitum inveniatur.

schreibung des Zustands der Römer 1. Thl. §. 37—40. Lübke, Gesch. der Architektur, 1858, S. 162.

61) Eichhorn, deutsches Privatr. §. 181 (a. A.). Hagemann, praktische Erört. B. 6, S. 78. Pfeiffer, prakt. Ausführ. B. 4 no. 1. Schröter, verm. Abhandl. zur Erläut. des deutsch. Rechts. B. 2 S. 145.

Digitized by Google

Im Rechtslexikon von Weiske B. 4 S. 451 heißt es: „Namentlich finden auch die in unseren teutsch-gemeinen Rechtsquellen aufgenommenen Polizeigesetze der Römer, mit wenigen Ausnahmen, keine Anwendung mehr. So die Verbote der Verunzierung der Städte und einzelner Gebäude durch Tremmung der Zierrathen vom Hause, Verkauf der Häuser zum Abreißen" ꝛc. Holzschuher, Civilrecht II. B. 1. Abth. S. 80 sagt: „Das Sozialprinzip, auf welchem das Wohl aller Gemeinheiten beruht, hat in Deutschland der Baupolizei ein eigenes Gebiet eröffnet, und nach dem Grundsatze, daß das öffentliche Recht dem Privatrechte vorgeht, findet letzteres eine unumstößliche Schranke in der Polizeigesetzgebung, welche h. z. T. durch ihre Vorschriften über den Bau der Häuser, in Bezug auf Zwischenraum, Höhe, Form u. dgl. an die Stelle ähnlicher Bestimmungen in Cod. 8, 10 tritt. In einer Note zählt er dahin auch l. ult. Cod. 11, 29. l. 52 D. 18; l. l. 41 §. 1. l. 114 §. 9 D. de legatis I. (Etwas inkonsequent erscheint er, wenn er weiter unten S. 84 sagt: Wenn auch die römischen Baugesetze h. z. T. nicht buchstäblich anwendbar sind, so bleiben sie es doch im Prinzip" — indem er sich dabei auf Hagemann, prakt. Erört. B. VII S. 388 bezieht). — Bangerow, Leitfaden B. I §. 297 no. 12 bemerkt: „Die im Korpus juris vorkommenden Verordnungen über den Häuserbau, wie namentlich über den Zwischenraum, über Höhe und Form derselben sind h. z. T. unanwendbar, und es entscheiden darüber nur lokale (?) Polizeimaßregeln (?). — Böcking, Pand. B. 2 §. 114 zählt zunächst die Eigenthumsbeschränkungen auf, welche die Baupolizei veranlaßt, und §. 154 fügt er hinzu: Die Bestimmungen des röm. Rechts über Instandhaltung und Wiederherstellung vernachlässigter Gebäude gehören dem Baupolizeirechte an, und sonach nicht mehr unserm heutigen Rechte (Nota 28)[62]).

62) So auch Sintenis, Civilrecht Thl. I §. 47 S. 477.

Digitized by Google

Auch in der Praxis ist von den meisten Gerichtshöfen und Spruchbehörden die Ansicht festgehalten worden, daß die baupolizeilichen Gesetze des römischen Rechts nicht recipirt sind, weil sie nicht sowohl das Privatrecht, als vielmehr das öffentliche Recht berühren; z. B. vom Obergericht zu Wolfenbüttel, vom O.A.G. zu Kiel (Seuffert, Archiv B. 5 no. 117) vom O.A.G. in Darmstadt (Seuffert, B. 7 no. 281)[63]) vom Schöppenstuhl in Leipzig (bei Kind, Rechtssprüche no. 1), vom A.G. und vom O.A.G. zu Dresden (Zeitschr. f. Rechtspflege u. Verw. N. F. B. 2 S. 277. B. 19 S. 95. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1860 S. 173. S. 177). Nettelbladt, Rechtsspr. d. O.A.G. zu Parchim B. 5 S. 136. Westphal, Rechtsgutachten B. 1 no. 586.

Bei den oben erwähnten Rechtslehrern vermißt man nur zum Theil ein festes Prinzip und eine konsequente Durchführung des ausgesprochenen Grundsatzes. Zu Baupolizeigesetzen zählen nicht blos die Vorschriften über Zwischenraum, Höhe und Form der Gebäude, sondern auch die Verordnungen, welche zur Instandhaltung und Wiederherstellung der Gebäude nöthigen, direkt oder indirekt, die Anlegung von Fenstern, Balkonen u. dgl., das Verbot des Verkaufs von Gebäude-Verzierungen u. s. w. betreffen. Erkennt man ferner an, daß sie Baupolizei-Gesetze sind, und deshalb nicht im Privatrechte fußen, sondern dem öffentlichen Rechte angehören, so muß man sie auch durchweg, nach ihrem ganzen Inhalte, als unanwendbar verwerfen; es ist offenbar inkonsequent und unstatthaft, das Privatrechtliche, was damit sekundär verknüpft ist, gewissermaßen loszuschälen und als giltiges Recht erhalten zu wollen, — mit der Wurzel muß auch der Stamm sammt den Zweigen fallen.

Wer diese Einschränkung des Gebrauchs der römischen

63) Matthiä, Kontroversenlexikon v. Baurecht.

Digitized by Google

Rechtssammlung nicht zugestehen, und die daraus eben gezogene Folgerung nicht einräumen will, der muß auch behaupten, daß die Verordnung noch gelte, nach welcher der Bauunternehmer, welcher den begonnenen Bau nicht vollendet und zu arm ist, um dem Bauherrn den daraus hervorgehenden Schaden zu ersetzen, mit Ruthen gepeitscht und aus der Stadt verwiesen werden, und gleiche Strafe auch diejenigen Baugewerken treffen soll, welche sich weigern, einen von einem Andern begonnenen Bau fortzusetzen; der müßte ferner die Verordnung, daß das Haus Desjenigen, welcher eine Gallerie oder einen Balkon baut, und nicht 10 resp. 15 Fuß Zwischenraum bis zu den nächsten Gebäuden inne läßt, dem Fiskus zugeschrieben werden soll [64]), als anwendbar anerkennen, — ja er muß, um konsequent zu bleiben, auch die Straßen- und Gassen-Ordnung in tit. D. 43, 10 als in Kraft und Wirksamkeit stehend ansehen.

§. 123.

Wir betrachten nun die römischen Baupolizeigesetze einzeln, beschränken uns dabei aber auf die wichtigsten, und namentlich auf diejenigen, bei denen privatrechtliche Verhältnisse mit berührt werden, welche in Beziehung zum Nachbarrechte stehen. — Was zunächst die l. 13 D. fin. regund. betrifft, so haben wir schon oben nachgewiesen, daß dieses Fragment für uns keine Geltung habe; wir gehen deshalb zu dem tit. Cod. 8, 10 de aedificiis privatis über. Daß hier const. 1. 2. 6. 7. 9. 10. 11 [65]) rein baupolizeiliche Vorschriften enthalten, welche für deutsche

64) c. 9. l. 12 §. 1 Cod. 8. 10.

65) c. 1. de balneis. 2. de aedificiis non demoliendis. 6. 7. de translatione ornamentorum. 9. de spatio inter novas aedes et publica aedificia. 10. de muralis ambitus constructione. 11. de moenianis. A. Schneider a. a. O. (Zürcher Baurecht) S. 21 ff. Glück XIX S. 10 ff. Bachofen, ausgewählte Lehren S. 185. Bezüglich c. 9 u. 11 scheint Schneider anderer Ansicht zu sein, jedoch ohne genügenden Grund.

Digitized by Google

Verhältniſſe ganz unbrauchbar ſind, wird wohl kaum bezweifelt werden. Die c. 12[66]), die wichtigſte des ganzen Titels, iſt bekanntlich nicht gloſſirt, ſie iſt erſt von Contius aus den Baſiliken reſtituirt, und darum ſchon nicht anwendbar. Daß es auf einem Irrthume beruht, wenn die Anwendung derſelben in der Praxis behauptet wird, hat Savigny[67]) nachgewieſen. Eben ſo wenig kann man ihr dadurch Leben einhauchen, daß man auf c. 13 ib. Bezug nimmt, welche gloſſirt iſt und anordnet, daß die c. 12 auf alle Städte des Reichs angewendet werden ſolle. Denn wenn das römiſche Recht nur in ſoweit bei uns Eingang gefunden hat, als es die Gloſſatoren behandelt haben, ſo iſt die c. 12 ſicher nicht in Gebrauch gekommen, weil ſie den Gloſſatoren ganz unbekannt war, und iſt deshalb für die Rechtspraxis als gar nicht vorhanden anzuſehn; die c. 13 aber bleibt ein gloſſirtes referens sine relato, alſo ohne Bedeutung. Ueberdies kündet der Inhalt der c. 12 ſie deutlich als eine Baupolizei-Verordnung an. Es erhellt dies ſchon aus den Eingangsworten: lex quam Leo de iis posuit, qui in hac inclyta urbe aedificare vellent. Sie war urſprünglich nur für Konſtantinopel beſtimmt, erſt Juſtinian dehnte ſie (c. 13) auf alle Städte des römiſchen Reichs aus. Die Beſtimmungen über den Zwi-

66) Für die Anwendbarkeit ſind Bülow, Abth. Thl. 2 S. 276, Westphal, de lib. et serv. pr. §. 108, Selchow, electa jur. Germ. p. 46. 41, Böhmer, novum jus contr. t. 2 p. 544, Mevius, dec. p. VII decis. 339. 340. Gegen ihre Anwendung ſind: Curtius, ſächſ. Civilr. §. 985 nota c, Geſterding, Ausbeute 3. Thl. S. 460, Struv., synt. jur. c. 39, 7, Holzſchuher II, 1 S. 80, Bangerow, Pandekt. I §. 297 nota 12, Sintenis, Civilr. Thl. I §. 47, Savigny, Syſtem Bd. I S. 73, Nettelbladt, Rechtsſprüche des O.A.G. zu Parchim B. 5 S. 61. S. 136 ff.

67) Savigny, Syſtem I S. 73. A. Schneider a. a. O. S. 29 ff. — Sie wird aber doch als giltig citirt bei Pfeiffer, Entſch. d. O.A.G. zu Kaſſel, tom. 15 dec. 85 n. 10. Vgl. noch Oſenbrüggen in der Gießener Zeitſchr. B. 15 S. 172 ff.

Digitized by Google

ſchenraum von 12 Fuß zwiſchen den Gebäuden, über die Ausſicht auf das Meer, über die 100 Fuß Höhe der Gebäude, über die solaria, die Ausſchmückung der Offizinen mit Marmor, die Strafen der Bauunternehmer u. ſ. w. bezeichnen genugſam den baupolizeilichen Charakter, welcher ſich noch beſonders in den Worten „quo decori sint civitati et oblectamento praetereuntibus“ (§. 6) recht ſcharf ausprägt.

Auch die c. 8 enthält nur Baupolizeiliches. „Singularum urbium curiales etiam inviti vel reparare intra civitates, quas olim habuerunt, domos, vel de novo aedificare cogantur. — Possessores vero, qui non erunt curiales, in urbibus, in quibus domos possident, easdem domos dirutas neglectasque reparent, judiciaria ad conservandum hoc praeceptum auctoritate retinendi.“

Hervorzuheben iſt, daß dieſe Verordnung auf Städte und Wohnhäuſer ſich beſchränkt. Der erſte Theil derſelben iſt nun ſchon darum unanwendbar, weil die Verhältniſſe der römiſchen Decurionen (curiales) in Deutſchland ganz unbekannt ſind. Der zweite Theil erinnert uns an l. 46 D. 39, 2: „Ad curatoris rei publicae officium spectat, ut dirutae domus a dominis exstruantur. Domum sumto publico exstructam, si dominus ad tempus pecuniam impensam cum usuris restituere noluerit, jure eam respublica distrahit [68]).“ In beiden Stellen werden nicht privatrechtliche Verhältniſſe zwiſchen Bürgern geregelt, ſondern es wird ein polizeilicher Zwang zur Reparatur und Erhaltung der Wohnhäuſer in den Städten angeordnet, zu dem Zwecke, das äußere Anſehen und den Glanz der Städte zu bewahren [69]).

68) Damit ſteht in Verbindung c. 4 Cod. 11, 29 (de jure reipubl.): „Si secundum legem civitatis res publica, cujus meministi, ruina callapsis aedificiis tuis distraxit aream, nihil contra hujus legis tenorem rector provinciae fieri patietur.“

69) Ulpian: pertinet ad decus urbium, aedificia non derelinqui, l. 20

Digitized by Google

Aus demſelben Beſtreben der römiſchen Gewalthaber, das Anſehen und die Würde der Hauptſtadt Rom und beziehentlich anderer Städte zu erhalten und zu fördern, ſind eine Menge ähnlicher Verordnungen gefloſſen, z. B. daß Sachen, die mit einem Gebäude verbunden ſind, Niemanden zum Hinwegnehmen giltig vermacht werden können [70]), wenn dadurch das Gebäude geſchändet wird, daß Häuſer nicht zum Abreißen verkauft werden dürfen [71]) u. ſ. w. Sie alle kommen bei uns nicht in Anwendung, weil ſie nicht dem Privatrecht, ſondern dem Polizeirechte angehören; ihr Inhalt hängt nicht organiſch mit dem Privatrechtsſyſtem zuſammen, ihre ratio legis hat mit der Rechtsordnung nichts zu ſchaffen, das Privatrechtliche darin dient nur als Mittel für das Polizeiliche.

Auf einer gleichen polizeilichen Fürſorge um die Erhaltung des Glanzes und Schmuckes der Städte beruhen auch die c. 4 Cod. 8, 10 und l. 52 §. 10 D. 17, 2. Die erſte lautet: „Si, ut proponis, socius aedificii ad refectionem ejus sumtus conferre detrectat, non necessario extra ordinem tibi subveniri desideras. Etenim si solus aedificaveris, nec intra quatuor mensium tempora cum centesimis nummus pro portione socii erogatus restitutus fuerit, vel quominus id fierit, per socium stetisse constiterit, jus dominii pro solido vindicare vel obtinere juxta placitum antiquitatis poteris.“ — Die zweite Stelle enthält eben das placitum antiquitatis [72]). Daß dieſe beiden Stellen nur von Gebäuden in Städten [73]) handeln, iſt unzweifelhaft. Ihr Zweck geht da-

§. 10 D. 39, 1. Vgl. noch c. 12 §. 6 Cod 8, 10. c. 2 Cod. 11, 2 (de praediis etc.).

70) l. 41 §. 1 §. 4 D. de legatis I.

71) l. 41 §. 7 D. eod. c. 2 Cod. 8, 10. Wir verweiſen hier auf Glück, Pand. B. 19 S. 9—16, wo auch die älteren, im Korpus juris nicht aufgenommenen Baupolizeigeſetze erwähnt werden.

72) Sie ſtammt von Papinian und enthält eine oratio Divi Marci.

73) Menken de jure refic. aedif. comm. Lipsiae 1710 th. 2. 8. Brun-

Digitized by Google

hin, die Instandhaltung und Wiederherstellung baufälliger Häuser zu fördern, und nicht etwa im Interesse der Eigenthümer oder der Nachbarn, sondern lediglich behufs der Wahrung des Ansehns und der Zierde der Städte [74]). Zu dem Ende werden dem Miteigenthümer, welcher allein reparirt, zwölfprocentige Zinsen zugesprochen, und es wird, wenn binnen vier Monaten nicht der Antheil an den Baukosten ersetzt worden ist, der Verlust des Miteigenthums über den Säumigen verhängt, als polizeiliche Ahndung der Saumseligkeit. Dieser Verlust des Eigenthums ist etwas ganz Singuläres, von den allgemeinen Rechtsprincipien Abweichendes; bei anderen res communes, namentlich bei den gemeinschaftlichen Wänden selbst finden wir ihn nicht [75]). Er läßt sich nicht etwa auf die Annahme einer Dereliktion des Miteigenthums stützen; denn eine solche Annahme ist nirgends angedeutet, sie würde auch den sonst über Dereliktion geltenden Grundsätzen widersprechen, und selbst eine Erklärung des Miteigenthümers, welcher den Ersatz der Reparaturkosten binnen 4 Monaten nicht zu bewirken vermag, daß er sein Miteigenthum nicht aufgebe, würde ihn gegen den Verlust desselben nicht schützen. Dieser Verlust stellt sich lediglich als polizeilicher Zwang dar [76]), und der Anfall des entzogenen Antheils an den Miteigenthümer, welcher die Ausbesserung besorgt hat, hängt mit dem der communio eigenthümlichen Anwachsungsrecht zusam-

---

nemann ad c. 4 Cod. 8. 10. Vgl. auch Sintenis, Civilr. B. 2 §. 122 nota 12.

74) Frühere Kaiser sprachen jedem Wiederaufbauer zerstörter (fremder) Gebäude das Eigenthum daran zu. Die oratio Divi Marci änderte dies wieder ab. Sueton, vita Vespas. 8. Aur. Victor in Vespas. Böcking, Pand. B. 2 S. 169. Glück, Pand. B. 19 S. 12.

75) Höchst willkürlich ist diese Ausdehnung bei Holzschuher, Civilr. II, 1, S. 79 ausgesprochen.

76) Savigny, System B. 4 S. 302. Sintenis, Civilr. B. 2 §. 122 nota 12.

Digitized by Google

men [77]), oder sie ist ein Analogon des staatlichen Konfiskationsrechts, von dem nachher gesprochen werden soll. Der Beweis für den Charakter eines polizeilichen Reizmittels oder Zwanges, der in der Vorschrift jus dominii pro solido vindicare vel obtinere poteris sich ausprägt [78]), stützt sich auf folgende Momente: a) Diese Vorschrift beschränkt sich auf Reparaturen von Gebäuden (domus, aedificia) und zwar lediglich von Gebäuden in Städten. Für alle andern Bau- oder Reparatur-Aufwände wird dem socius nur die Ersatzklage oder ein Retentionsrecht Behufs Ersatzes gegeben, l. 14 §. 1. l. 19 §. 2. l. 22 D. 10, 3. l. 52 §. 12 D. 17, 2. Warum wird denn nun gerade für Gebäude in Städten eine Art Konfiskationsrecht dem Reparirenden eingeräumt? — b) Weil es pertinet ad decus urbium aedificia non derelinqui, l. 20 §. 10 D. 39, 1, weil der publicus adspectus deformari non debet, c. 2 C. 8, 10. Daher werden die curiales urbium gezwungen (inviti), domos reparare, Andere sollen judiciaria auctoritate zum Repariren und Wiederaufbauen angehalten werden, c. 8 C. eod. Der praeses provinciae und der curator rei publicae sind verpflichtet, die Eigenthümer baufälliger Häuser zur Reparatur competenti remedio zu zwingen (deformitati auxilium), und zur Wiederherstellung verfallner Häuser anzuhalten. Eventuell geschieht die Herstellung auf öffentliche Kosten, und wenn nicht zeitig Ersatz erfolgt, wird das Haus konfiscirt und öffentlich verkauft, l. 7 D. 1, 18. l. 46 D. 39, 2. Diese Prärogative des Staats überträgt die oratio Divi Marci (l. 52 §. 10 D. 17, 2) auf den socius des Gebäudes, lediglich um einen polizeilichen Zwang zur Reparatur zu üben, nicht aber um dem socius zu seinem Rechte zu verhelfen, was er auf dem unter a bezeichneten Wege vollkommen erreichen würde.

77) Siehe oben §. 101.

78) Vgl. Schneider, zürich. Baurecht S. 25.

Digitized by Google

Es unterscheidet sich die besprochene Norm auch wesentlich von andern Privatstrafen, z. B. von den für Gewalt und Selbsthilfe angedrohten Strafen (Decretum Divi Marci etc.) dadurch, daß diese letzteren recht eigentlich mit der Rechtsordnung im Staate zusammenhängen und dahin abzielen, diese Rechtsordnung zu befestigen und aufrecht zu erhalten, während die erstere nur darauf berechnet ist, das gefällige Aussehen der Städte durch den Anblick baufälliger Baraken und zusammengefallener Häuser nicht schänden zu lassen.

Es giebt noch andere Fälle, bei denen der Verlust des Rechts den Charakter einer Strafe für Saumseligkeit an sich trägt z. B. l. 2 Cod. 4, 66. l. 54 §. 1 D. 19, 2. l. 2 §. 43 D. 38, 17. Nov. 1 c. 4[79]); in allen diesen Fällen jedoch tritt das rein privatrechtliche Element ebenfalls entschieden hervor, indem sie lediglich die Erfüllung privatrechtlicher Verpflichtungen zu befördern streben. Von einer polizeilichen Tendenz findet sich keine Spur. Weiter unterscheidet sich die l. 52 §. 10 D. 17, 2 und c. 4 Cod. 8, 10 auch von jenen Verordnungen, welche die Wiederherstellung verfallener Gebäude begünstigen, ich meine die Bestimmung, daß sonst unter Ehegatten verbotene Schenkungen, soweit sie zur Wiederherstellung eines dem Beschenkten gehörigen Gebäudes verwendet worden sind, giltig sein sollen[80]), ferner daß dem Gläubiger, welcher zur Wiederherstellung verfallener Gebäude Geld vorgeschossen hat, ein stillschweigendes Pfandrecht an diesem Gebäude zustehen soll[81]). Hierin ist weder ein direkter noch indirekter Reparaturzwang ausgesprochen, auch keine polizeiliche Strafe, um die Wiederherstellung der Gebäude indirekt zu erzwingen. Endlich läßt sich für die l. 52 §. 10 D. 17, 2 und c. 4 Cod. 8, 10 eine konstante Anwendung in

79) Savigny, System B. 4 S. 302.
80) l. 14 D. 24, 1.
81) l. 1 D. 20, 2. l. 24 §. 1 D. 42, 5.

Digitized by Google

der Praxis nicht nachweisen, vielmehr ist ihre heutige Giltigkeit vielfach und von Alters her schon bezweifelt worden.

Diese Erwägungen begründen wohl zur Gnüge die Ansicht, daß die gedachten Fragmente, in soweit sie den Verlust des Eigenthums aussprechen und zwölfprocentige Zinsen gestatten, nicht dem Privatrechte, sondern dem Polizeirechte angehören und darum als in Deutschland recipirtes Recht nicht betrachtet werden können. Wenn bei uns die Polizei einen Hausbesitzer zur Wiederherstellung oder Instandhaltung seiner Gebäude nöthiget, so leitet sie ihr Befugniß hierzu nicht aus dem römischen Rechte, sondern aus den allgemeinen Principien des Verwaltungsrechts, aus Polizeigesetzen oder speciellen Bauordnungen ab [82]); wir müssen daher konsequenter Weise auch den Mitteln, welche, nach römischer, etwas barbarischer Weise ersonnen, die polizeiliche Fürsorge für Erhaltung der Gebäude unterstützen sollten, die Anwendbarkeit absprechen [83]).

Zu den Baupolizeigesetzen, die für das heutige gemeine Recht keine Geltung haben, gehört endlich c. 3 Cod. 8, 10. Es wird hier die Frage verhandelt, ob es erlaubt sei, nach Zerstörung eines Hauses den Platz in einen Garten u. dgl. zu verwandeln. Der Praeses provinciae soll bei Entscheidung der Frage darauf sehen, was in derselben Stadt in ähnlichen Fällen beobachtet und entschieden worden ist. Nach unserer Verfassung ist klar, daß die Entscheidung dieser Frage an sich lediglich der Polizeibehörde zusteht; sollten wirklich privatrecht-

82) Ohnehin dürfte die oratio D. Marci l. 52 §. 10 D. 17, 2 als aufgehoben anzusehn sein, c. 5 C. 8, 10: antiquato divi Hadriani edicto (ganz allgemein ausgedrückt).

83) Das preuß. Landrecht und das österreichische Gesetzbuch berechtigen den Miteigenthümer, von dem säumigen Theilhaber die Abtretung seines Antheils gegen Entschädigung zu fordern. Das königl. sächs. Gesetzbuch (Motive S. 687) verwirft auch diesen Zwang als einen Eingriff in wohlerworbene Rechte.

Digitized by Google

liche Intereſſen[84]) dabei berührt werden, ſo könne dieſe, falls ſie bei der Polizeibehörde nicht Berückſichtigung gefunden haben, im Civilrechtswege geltend gemacht werden. Auch die ſtädtiſche Straßen- und Gaſſen-Ordnung in tit. D. 43, 10 mit ihren privatrechtlichen Anhängſeln muß, weil ſie polizeilichen Urſprungs iſt, von dem in Deutſchland geltenden gemeinen Rechte ausgeſchloſſen werden. — Endlich haben auch die Vorſchriften über das legitimum spatium, welches bei Errichtung von Gebäuden zwiſchen der vicina insula gelaſſen werden ſoll (früher ambitus), l. 14 D. 8, 2, ſowie alle ähnlichen Verordnungen, theils weil ſie auf römiſcher, uns unbekannter Sitte und Gewohnheit beruhen, theils weil ſie baupolizeilich ſind, bei uns keine Geltung erlangen können.

Selbſt rein privatrechtliche Sätze, welche mit römiſchen Baueinrichtungen und hauswirthſchaftlichen Anlagen eng verbunden ſind, wie bezüglich des fumus non gravis ex foco, des foramen in l. 29 D. 8, 2, können bei unſeren abweichenden Gewohnheiten nicht ſtrict zur Anwendung kommen.

§. 124.

Wir kommen nun zur Hauptfrage ſelbſt, und müſſen dieſe im Allgemeinen dahin beantworten, daß gemeinrechtlich jeder Eigenthümer auf ſeinem Grund und Boden und innerhalb der räumlichen Grenzen ſeines Eigenthums nach Höhe, Breite und Tiefe ganz nach Belieben bauen kann, auch wenn er dem Nachbar durch Entziehung von Luft, Licht, Sonne u. dgl. Nachtheile zufügt. Nur durch Servituten, Verträge, Partikulargeſetze, oder durch Statuten und Bauordnungen können ihm in dieſer Hinſicht Beſchränkungen auferlegt werden[85]).

84) Durch Verletzung wirklicher Privatrechte, nicht etwa Entziehung bloßer Vortheile, Annehmlichkeiten u. dgl.

85) Nach preuß. Landr. Thl. I tit. 8 §. 189 ſollen neu errichtete Ge-

Digitized by Google

Es ist dieser Satz nur eine Konsequenz des Eigenthums; er wird aber auch ausdrücklich in verschiedenen Stellen des Korpus juris anerkannt, z. B. l. 9 D. 8, 2: „Cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non serviat, nulla est actio", c. 9 D. 3, 34: „— Sed si te servitutem habuisse non probetur, tollendi altius aedificium vicino non est interdictum", l. 61 D. 50, 17: „domum suam unicuique reficere licet, dum non officiat invito alteri, in quo jus non habet", insbesondere in l. 26 D. 39, 2[86]). Auch die Praxis und angesehene Autoritäten stimmen ihm bei[87]) und er wird unterstützt durch die Bestimmungen des Sachsenspiegels, B. II Art. 49. 51, Weichbildrecht c. 122; denn die hier geordneten Entfernungen wären überflüssig und sinnlos, wenn ohnehin eine gesetzliche Vorschrift oder ein Gewohnheitsrecht gegolten hätte, nach welchem bei Errichtung eines neuen Gebäudes ein gewisser Raum an der Grenze (5 oder 12 Fuß) hätte freigelassen werden müssen oder der Bauherr andern ähnlichen Beschränkungen unterworfen gewesen wäre[88]). Dergleichen Bestimmungen über heimliche Gemächer, Düngergruben, Schweinekoben finden sich in fast allen mittelalterlichen Statuten und Bauordnungen.

Bauordnungen und Bauvorschriften in Statuten sind sehr

---

bäude von älteren Gebäuden des Nachbars 3 Werkschuhe zurück treten. §. 141: „Uebrigens aber kann Jeder in der Regel auf seinem Grund und Boden so nahe an die Grenze und so hoch bauen, als er für gut findet."

86) Sie handelt von den Vortheilen (lucra), welche man dem Nachbar entziehn darf.

87) Cons. Tubing. Vol. VI. no. 10 §. 40. Pfeiffer, Entscheid. des O.A.G. zu Kassel B. I dec. 27 n. 12. B. II dec. 192 n. 6. 7. Nettelbladt, Rechtsspr. des O.A.G. zu Parchim B. 5 S. 129. Engau, dec. P. I. d. 424. — Hagemann, Landwirthschaftsrecht §. 421. Weiske, Rechtslexikon B. IV S. 452. Struv., de aedif. priv. jur. §. 32. Bangerow, Pand. B. I §. 342 no. 3. Gesterding, Lehre vom Eigenthum §. 3. Struvius, syntag. jur. civ. 39 tit. 1 §. 8. Hommel, rhaps. obs. 189. 231.

88) Ackermann, Rechtssätze 1849 S. 106.

Digitized by Google

häufig; beinahe für die Mehrzahl der Städte existiren solche. Ein Theil davon verzeichnet zumeist lokales Gewohnheitsrecht (Hamburger Stadtrecht ꝛc.), ein anderer Theil giebt das römische Recht wieder mit einigen irrthümlichen Auffassungen und verschiedenen, den neueren Anschauungen und Bedürfnissen Rechnung tragenden Modifikationen. Interessant sind in dieser Hinsicht die Bestimmungen der Stadtrechte des Königreichs Böheimb cap. 41[89]): a) Ein Jeder kann sein Haus bessern und bauen, in die Höhe bauen und in die Tiefe graben, ohne des Nachbarn Schaden (l. 61 D. 50, 17); b) Keiner soll dem Andern muthwilliger Weise das Licht entziehen, noch die Fenster verdunkeln; c) nach des Nachbars Hofe zu keine neuen Fenster anbringen; d) ein Baum, so eines Andern Gebäude schadet, soll abgehauen werden; e) mit Rauch, Gestank, Wasserausgießung, noch mit andern Unreinigkeiten soll einer dem andern nicht schaden, noch Widerdruß thun, auch nicht an eine fremde oder gemeinschaftliche Mauer Mist u. dgl. schütten, auch keine Wasserleitung daran legen; f) wer eine gemeinschaftliche Mauer nicht mit bauen helfen, noch die Unkosten auf die Besserung wenden will, bringet sich um sein habendes Recht; g) an Stelle eines alten Hauses darf ein neues nur in derselben Höhe und Breite errichtet werden, damit dem Nachbar nicht Licht und Aussicht entzogen werden (l. 11 pr. D. 8, 2).

Wenn oben gesagt worden ist, daß der Eigenthümer dem Nachbar Nachtheile, die in der Entziehung von bisher faktisch genossenen Vortheilen bestehen, zufügen dürfe, so ist diesem Satze doch noch eine Einschränkung beizufügen. Man darf nämlich durch Bauten und Anlagen dem Nachbar nicht solche Vortheile entziehen, die er nicht von unserem Grundstücke her, sondern nach einem öffentlichen Platze oder Wege hin ge-

89) Hellfeld repertorium juris priv. v. Gebäude.

Digitized by Google

nossen hat. Hinsichtlich dieser Objekte stehen sich alle Bürger im Genusse gleichberechtigt gegenüber, jeder hat tantum juris ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum, l. 1 §. 2 D. 43, 8. Darum gilt hier die Entziehung eines Genusses, eines Vortheils, den ich von einem solchen öffentlichen Platze habe, für ein damnum, l. 1 §. 11 D. eod. Dahin zählen das Licht und die Aussicht, welche ich dahin oder von da habe, der Eingang, die Einfahrt in mein Haus von dort aus; alles dies darf mir der Nachbar durch Bauen oder andere Anlagen nicht entziehen, vermindern oder erschweren, l. 1 §. 6 §. 12 §. 14 D. eod.[90])

Abweichend hiervon hat man folgende Sätze als geltendes Recht aufgestellt:

a) Was Gemeingut ist, wie Licht, Luft, Wasser, dürfe kein Nachbar dem andern ganz entziehen.

Ueber die Entziehung des Lichts wird später gehandelt werden. In Ansehung der Luft und des Luftzugs stützt man sich auf c. 14 §. 1 C. 3, 34, in welcher Justinian verbietet neben einer Tenne ein Gebäude zu errichten, welches den zum Reinigen des Getreides erforderlichen Luftzug verhindert. Man hat diese Vorschrift sogar durch Analogie dahin erweitern wollen, daß man einer Windmühle den erforderlichen Wind nicht verbauen dürfe[91]). — Es ist kaum begreiflich, wie so viele Juristen eine so ganz und gar für unsere Verhältnisse unbrauchbare Bestimmung als noch giltiges Recht haben ansehen und sogar analoge Anwendung davon haben machen können!

90) Westphal, Rechtsgutachten B. 1 S. 61.

91) Gründler, Polemik Thl. 2 S. 430. Stryk, usus mod. pand. l. 39 t. 4 §. 490. Pufendorf, obs. t. 4 obs. 232 §. 494. Gegen die Ausdehnung Westphal de lib. et serv. praed. t. 2 l. 3 no. 8. Gesterding, Lehre vom Eigenthum S. 16. Vangerow, Pand. B. 1 §. 297 no. 6. Weiske, Rechtslexikon B. VIII S. 511 nota 32. Leyser, spec. 107 med. 3.

Digitized by Google

Die Tennen befanden sich bei den Römern im freien Felde. Das Getreide wurde meist ausgetreten (concalculatio), die Reinigung der Körner von der Spreu geschah nicht durch Maschinen oder Worfen, sondern wurde dem Luftzuge und dem Winde überlassen. Justinian bezeichnet die Tenne als nothwendiges Zubehör des Feldes, und den freien Luftzug als ein Accessorium der Tenne. Diesen Luftzug zu verbauen erklärt er für unerlaubt [92]). Diese Auffassung steht aber mit andern anerkannten Grundsätzen des römischen Rechts in direktem Widerspruch, namentlich mit c. 8. 9 Cod. eod. und l. 26 D. 39, 2; jene Vorschrift läßt sich nur aus einer Begünstigung der Landwirthschaft erklären (fructuum inutilitatem facere), und in sofern rechtfertigen, als sie für den einen Theil nach den damaligen Verhältnissen des Landbaues nothwendig geboten, für den andern Theil aber weniger drückend und lästig war, weil die Tennen im freien Felde angebracht wurden und da doch das Bauen Seiten des Nachbars etwas Seltenes und Ungewöhnliches sein mochte.

Wir haben also in c. 14 Cod. 3, 34 eine römische Gewohnheit (Tennen im freien Felde), die wir nicht kennen, wir haben ein Privilegium der Landwirthschaft, das den allgemeinen Rechtsprinzipien widerstrebt und für unsere Verhältnisse eben so wenig passend, als erforderlich ist, und demnach haben wir eine Verordnung vor uns, die überhaupt heut zu Tage keine Anwendung leiden, noch weniger zur Ableitung eines allgemeinen Rechtssatzes benutzt werden kann [93]). Justinian selbst deutet nicht mit

92) „quum secundum situm regionis et auxilium venti aream accedit. Sancimus itaque, nemini licere sic aedificare vel alio modo versari, ut idoneum ventum et sufficientem ad praefatum opus infringat, et inutilem domino aream et fructuum inutilitatem faciat."

93) Bülow und Hagemann, Erört. B. 4 S. 16 ff. Rechtslex. B. VIII S. 511 nota 32. Hier wird die Anwendung verneint aus dem Grunde, weil das Gesetz nur für den Süden berechnet ist, dort, weil es ein röm. Polizeigesetz sei. Sintenis, Civilr. B. 1 §. 47 not. 27 stimmt

Digitized by Google

einem Worte an, daß er seine Vorschrift auf einen allgemeinen Rechtssatz gründe, und unsere deutschen Tennen, in denen das Reinigen des Getreides mittelst des Worfens oder mit Maschinen geschieht, bedürfen keines besonderen Luftzugs.

b) Obschon in der Praxis der Grundsatz anerkannt wird, daß jeder Eigenthümer, sei es durch Anbau oder Neubau die Gestalt der früheren Gebäude verändern, resp. sie erhöhen könne, wenn auch dem Nachbar dadurch Vortheile und Annehmlichkeiten entzogen werden[94]), so mangelt es doch nicht an Schriftstellern, welche auch in dieser Beziehung eine Beschränkung der Baufreiheit behaupten wollen. Sie stützen sich zunächst auf c. 12 §. 1 Cod. 8, 10: „ac jubeums, ut qui suas aedes renovant, nequaquam veterem formam excedant, ne aedificando vicinorum luminibus et prospectui contra priora statuta (*παρὰ τὸ πάλαι κατεστηκός*) officiant." Von dieser Vorschrift sagt Hagemann, prakt. Erört. B. 6 S. 81 nota 9, daß sie selten in Gebrauch gekommen sei; wir aber meinen, daß sie gar nicht anwendbar sei, weil — wie schon früher erörtert worden — die c. 12 Cod. 8, 10 nicht glossirt und deshalb nicht recipirt ist. Außerdem hat man sich für die behauptete Beschränkung der Baufreiheit auf folgende Stellen bezogen: l. 11 pr. D. 8, 2: „Qui luminibus vicinorum officere aliudve quid facere contra commodum eorum volet, sciat, se formam ac statum antiquorum aedificiorum cu-

dem letzten Grunde bei. — Erkenntniß des königl. Tribunals zu Greifswald vom 16. April 1812 bei Gesterding, Eigenthum S. 18 nota 11. Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1843 S. 213 ff. Motive zum königl. sächs. bürgerlichen Gesetzbuche §. 229. Nettelbladt, Rechtsspr. des O.A.G. zu Parchim B. 5 S. 59—61.

94) Cons. Tubing. Vol. 6 no. 10 §. 40: „in suo solo cuilibet liberum esse, pro lubitu et pro arbitrio aedificare et aedificii formam immutare, etsi aedificando in suo alteri nocet." Engau, dec. l. 424. Berger, resp. l. 125. Berger, decis. no. 64. Seuffert, Archiv B. 5 no. 107. B. 7 no. 281.

Digitized by Google

stodire debere“ — und c. 1 C. de serv. 3, 34: „Si quas actiones adversum eum, qui aedificium contra veterem formam exstruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas, more solito per judicem exercere non prohiberis. Is, qui judex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet, modo si is, qui pulsatur, nec vi nec clam nec precario possidet.“ — Welche Bedeutung dieſen Stellen beizulegen ſei, iſt von Alters her ſehr ſtreitig geweſen. Die Gloſſe verſteht die vetus forma aedif. von einer ſolchen, die durch Ortsgewohnheit oder Geſetz oder Statut eingeführt iſt[95]). Glück, Pand. B. 10 S. 115 meint, in Anſehung der vorigen Form des Gebäudes müſſe ein beſtimmtes Recht des Nachbars vermöge einer Servitut oder einer geſetzlichen Verordnung vorhanden ſein[96]). Bangerow, Pand. B. 1 §. 342 Anm. 1 no. 3 iſt der Anſicht, daß in dieſen Stellen nur der natürliche Satz ausgeſprochen ſei, daß auch auf dem neuerrichteten Gebäude die Servitut laſte, die dem alten auferlegt war, nicht aber, daß bei einem neuen Gebäude ſtets der frühere faktiſche Zuſtand beobachtet werden müſſe. Dieſe Erklärung iſt jedoch hinſichtlich der l. 11 pr. nicht unbedenklich[97]). Daß eine Servitut vorausgeſetzt werden müſſe, weil die betreffenden Fragmente in dem Titel de servitutibus enthalten ſind, kann man nicht behaupten, weil dieſe Titel auch eine große Anzahl Vorſchriften umfaſſen, die nichts mit Servituten zu ſchaffen haben. Gegen die Vorausſetzung einer Servitut ſpricht aber, daß darin der Ausdruck servitus oder jus u. dgl. nicht vorkommt, und daß nach: qui luminibus vicinorum officere noch hinzu-

95) So auch Struv. exerc. 30 th. 8. Hommel, rhaps. obs. 301.

96) Dagegen ſcheinen c. 1. c. 12 §. 1 C. 8, 10 zu ſprechen.

97) Auch dieſe Anſicht wird durch die in vorhergehender Note citirten c. widerlegt; denn die vetus forma ſoll außer Rückſicht bleiben, wenn dem Bauenden ein Recht ex pacto oder stipulatione zuſteht.

Digitized by Google

gefügt wird: aliudve quid contra commodum eorum facere volet. Was ſollte wohl mit den letzten Worten für eine Servitut gemeint ſein? Endlich aber ſagt Zeno in der ſchon oben citirten c. 12 §. 1 Cod. 8, 10: „jubemus, ut qui suas aedes renovant, nequaquam veterem formam excedant.“ Hier iſt nicht einmal der Gedanke an eine Servitut möglich, und doch hat die Annahme, daß hierbei das beſtehende Recht in Rückſicht gezogen worden ſei, mehr für ſich, als die Anſicht, daß der Kaiſer etwas ganz Neues angeordnet habe. Es iſt auch nicht wahrſcheinlich, daß Ulpian, wenn er den von Vangerow vertheidigten Satz hätte darſtellen wollen, ſich ſo ausgedrückt haben würde, wie er es in der fraglichen l. 11 pr. D. 8, 2 gethan hat. Wir finden einen ähnlichen Gedanken in l. 31 D. eod. mit den Worten: si postea extollere supra priorem modum aedificium conabitur ausgedrückt. Daß die c. 1 Cod. 3, 34 auf eine durch Verjährung erworbene Servitut ſich beziehen kann, darf man ſchon eher einräumen; es iſt der Fall zu denken, daß der Eigenthümer ein Stockwerk hat aufſetzen oder ſonſt ſein Gebäude hat erhöhen wollen, die Sache aber auf den Einſpruch des Nachbars aufgegeben, bezüglich auf deſſen Klage ſich nicht vertheidigt hat (l. 6 §. 1 D. 8, 5. l. 15 D. 39, 1), und nach langer Zeit das Gebäude niederlegt, um es höher aufzubauen, als das alte war.

Die l. 11 pr. dagegen, zuſammengehalten mit l. 12 §. 1 Cod. 8, 10 ſcheint auf ein anderes Rechtsverhältniß hinzudeuten. Nach c. 1 Cod. eod. („observata forma, qua ceteris super balneum aedificare permittitur“ und „nec modum usitatum alitudinis excedas“) iſt es außer Zweifel, daß es Vorſchriften über die Form und die Höhe der Gebäude gegeben hat; auf dieſe ſcheinen auch in c. 12 §. 1 Cod. 8, 10 die Worte „παρὰ τὸ πάλαι κατεστηκός“ hinzuweiſen[98]). Wir

98) Pfeiffer, prakt. Ausführ. Bd. 4 S. 9 verſteht darunter die longi temporis consuetudo.

Digitized by Google

wiſſen auch, daß die Kaiſer Auguſtus, Nero und Trajan Verordnungen über die Höhe der Häuſer erlaſſen haben[99]) und finden dergleichen auch in der c. 12 Cod. de aedif. priv. Aber ob dieſe Verordnungen die Unterlage abgeben zu dem Ausſpruche Ulpians in l. 11 pr. D. 8, 2 und zu dem nequam veterem formam aedificiorum excedant in c. 12 §. 1. Cod. cit., oder ob hierbei andere uns unbekannt gebliebene Rechtsnormen zum Anhalt dienten, das bleibt bei dem Mangel genügender Nachrichten in den Rechtsquellen, wie in den Profanſchriftſtellern völlig ungewiß. Deshalb bin ich der Anſicht, daß wir in jenen Stellen, weil ſie in den Worten: formam ac statum antiquorum aedificiorum — contra veterem formam[100]) — modus usitatus — forma, quae permittitur — vollſtändig zweifelhafte und dunkle Materien uns darbieten und höchſtwahrſcheinlich ſich auf Vorſchriften beziehn, die im corp. juris nicht aufgenommen worden ſind, alſo ein referens sine relato enthalten — praktiſches d. h. anwendbares Recht nicht erkennen dürfen, mögen ſie für die wiſſenſchaftliche Forſchung noch ſo intereſſant ſein. Sie beziehen ſich, wie ſich aus dem Zuſammenhalten und Vergleichen derſelben ergiebt, höchſtwahrſcheinlich auf ein örtliches Gewohnheitsrecht der Städte oder auf uns unbekannte Baugeſetze. Ich meine unbekannte Baugeſetze in ſo fern, als ſie in den recipirten Theilen des corpus juris nicht als giltige Normen ausdrücklich enthalten ſind.

---

99) Gothofred in den Noten zu c. 1 Cod. 8, 10. Leyser, spec. 462 med. 15. Böcking, Pand. B. 2, §. 140. l. 1 §. 17 D. 39, 1, („Si quid contra leges edictave principum, quae ad modum aedificiorum facta sunt, fiet vel in sacro, vel in loco religioso vel in publico ripave fluminis"). Dieſe leges und Edikte ſind in die Pandekten vermuthlich darum nicht aufgenommen worden, weil die Bauordnung des Kaiſer Zeno c. 12 Cod. 8, 10 die Aufnahme überflüſſig erſcheinen ließ.

100) Forma bedeutet die Conſtruction und Geſtalt, c. 1 C. 8, 10, aber auch den Umfang und die Höhe, c. 12 §. 1 ib.

Digitized by Google

Was die römischen Baugewohnheiten betrifft, so sind solche nicht unsere Gewohnheiten, also irrelevant. — Die besprochnen Fragmente sind auch in der Praxis nur höchst selten, und dann nur in der Bedeutung, welche ihr die Glossatoren beigelegt haben, in Anwendung gebracht worden [101]).

Goldschmidt im Archiv f. civ. Praxis, B. 5 S. 421 behauptet, des Ortes Lage und Beschaffenheit (natura) böten der Baufreiheit nothwendige Beschränkungen dar; er bezieht sich auf l. 1 §. 23 und l. 2 D. 39, 3 und will aus dem, was hier über die vetustas gesagt wird, die l. 11 pr. D. 8, 2 erklären. Allein die citirten Stellen beziehen sich lediglich auf die natura agri, und die vetustas nur auf den locus inferior, qui superiori servit; beide aber — die natura loci und die vetustas — beschränken sich auf das Gebahren mit dem Regenwasser und auf den Schutz gegen dasselbe, sowie auf landwirthschaftliche Grundstücke. Auf Bauen und Gebäude in Städten und Dörfern überhaupt sie anzuwenden, dürfte sich nicht rechtfertigen lassen (cf. §. 28 und §. 120 oben).

§. 125.

In Ansehung neuer Anlagen und Bauten, welche der Eigenthümer auf seinem Grund und Boden unternimmt, werden noch folgende Regeln als gemeines Recht aufgestellt:

a) Der Nachbar, auf dessen Seite ich das Traufrecht habe, müsse sich mit Bauen auf 2 Fuß von meinem Gebäude entfernt halten.

b) Abtritte, Mistgruben, Backöfen und Feuerstätten dürfe man nur in einer Entfernung von 3 Fuß von der Grenze errichten. Holzschuher, Civilrecht II, 1, Seite 79, Michaelis, Baurecht S. 40 §. 4, Hagemann, prakt. Erört. B. VII,

101) Richter, dec. III, 131. Struvius, synt. jur. 39, 1, §. 8.

Digitized by Google

S. 388. Holzschuher fügt hinzu, über die Entfernung habe das Gutachten von Bauverständigen zu entscheiden. Glück, Pand. B. X, §. 673 S. 137 sagt: Die fraglichen Anlagen müßten soweit von der Nachbarwand entfernt bleiben, daß dem Nachbar kein Schaden geschehe.

c) Bei der Anlegung eines Brunnens, einer Grube, eines Kellers sollen die römischen Baugesetze, besonders die l. 13 D. fin. reg., heut zu Tage zwar nicht buchstäblich anwendbar sein, aber doch im Prinzipe es bleiben, und man sehe in Ermangelung von Lokal-Baustatuten und Observanzen auf das Gutachten der Sachverständigen; Hagemann a. a. O. Holzschuher S. 84.

d) Das römische Recht bestimme, daß neue Gebäude in praediis urbanis 12 Fuß, bei praed. rusticis 2 Fuß vom Nachbargebäude entfernt bleiben müßten. Die Verschiedenheit der deutschen von der orientalischen Bauart scheine zwar der Anwendbarkeit dieser Bestimmung bei uns entgegen zu stehen, aber nur in Bezug auf die Vorder- und Hauptgebäude; der Anwendbarkeit auf Hinter- und Nebengebäude hingegen stehe nichts entgegen, vielmehr erfordere die feuergefährliche Anhäufung und Annäherung der den Löschanstalten weniger zugänglichen Hintergebäude eine solche Fürsorge[102]).

Man kann keiner von diesen Regeln gemeinrechtliche Begründung und Geltung zugestehn. Was das Traufrecht jure servitutis anlangt, so kennt das römische Recht kein bestimmtes Maß, sondern ordnet in l. 20 §. 3 D. 8, 2 ganz allgemein: „non licet domino servientis areae ibi aedificare, ubi casitare coepit stillicidium“ und §. 6: „Qui in area, in qua stillicidum cadit, aedificat, usque ad eum locum perducere aedificium potest, unde stillicidium cadit“. Ein Trauf-

102) Bülow, Abhandlg. über einzelne Mat. des bürg. Rechts Thl. II, S. 279. Holzschuher a. a. O. S. 86.

Digitized by Google

recht jure dominii ist dem römischen Rechte ganz unbekannt; wo ein solches nach dem Nachbar hin auf Grund von Statuten, Bauordnungen u. dergl. besteht, entscheiden diese darüber, wie weit der Nachbar mit seinem Bau entfernt bleiben muß, wofern sie aber kein bestimmtes Maß enthalten, entscheidet der Tropfenfall.

Was die unter b und d aufgeführten Regeln betrifft, so ist darauf zurückzuweisen, daß die l. 13 D. fin. reg. und die baupolizeilichen Gesetze des tit. Cod. de aedificiis priv. nicht recipirt sind; was aber nicht recipirt ist, muß für die Praxis als nicht vorhanden angesehen werden; die Unterscheidung zwischen buchstäblicher Anwendbarkeit und Anwendbarkeit im Prinzipe ist als unjuristisch und unhaltbar zu verwerfen. Was ferner bei Bestimmungen über Entfernungen ein Prinzip nützen soll, wenn man keine Detailbestimmungen über das Maß der Entfernung hat, welchen Inhalt überhaupt ein solches Prinzip haben soll, ist nicht abzusehn. Die Maße durch das Gutachten Bauverständiger zu ersetzen, ist ein ganz willkürliches Beginnen; im römischen Rechte finden wir zur Rechtfertigung desselben kein Wort, keine Andeutung. Auch die Bülow'sche Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebengebäuden ist willkürlich und unstatthaft, sie widerspricht dem Grundsatze, daß die Fragmente des Korpus juris, welche als nicht recipirt anzusehen sind, für die Rechtspraxis so gut wie gar nicht existiren. Die Feuergefährlichkeit endlich ist kein Argument, welches in das Privatrecht gehört; wir überlassen es füglich der Polizei, darauf Rücksicht zu nehmen. Daß namentlich ein Ofen, ein Heerd unmittelbar an der gemeinschaftlichen Wand (um so mehr an der eigenen) erbaut werden kann, ergiebt sich aus 27 §. 10 D. 9, 2.

Nach gemeinen Rechten ist der Eigenthümer, abgesehn von Gesetzen, Statuten, Servituten u. dgl., wenn er bauet und damit verwandte Anlagen macht, keinen anderen Beschränkungen

Digitized by Google

unterworfen, als denen, welche aus den bereits früher entwickelten Grundsätzen über die actio negatoria, cautio damni infecti und die aquae pluviae arcendae actio sich ergeben.

Eine weitere Beschränkung des Eigenthums ergiebt sich für die Länder, in denen sächsisches Recht gilt, aus dem Sächs. L.R. B. II, art. 51: „Ofen, Gänge, das seynd Wassergerinn, und Schweinställe, die solln 3 Füße von eines andern Mannes Zaun stehen. — Gänge, das sind Heimlichkeiten soll man auch bewirken bis an die Enden, die da gegen eines andern Mannes Hoff über stehen". Im Magdeburg. Weichbildrecht lautet die betreffende Stelle art. 122: „Backöfen, Heimlichkeiten und Schweinköbelen sollen drei Fuß von dem Zaun stehen[103])".

Die Anwendung dieser Vorschriften bezeugen Carpzow, dec. 108, Berger, oecon. jur. lic. II, tit. 3 th. 15 not. 1, Haubold, sächs. Privatrecht §. 200, Gerber, deutsches Privatrecht §. 87[104]). — Wenn man jedoch in dieser Beziehung die Gestalt unserer Städte ansieht, so findet man so unzählige Abweichungen von jenen Vorschriften, daß man glauben muß, die Macht des Bedürfnisses habe hier die Herrschaft des Gesetzes überwunden, und man wird das geltende Recht dahin zu bestimmen haben, daß derjenige, welcher sich auf jene Vorschriften des sächs. Rechts beruft, zwar fundatam intentionem habe, daß aber dem Gegner nachgelassen werden muß, den Beweis zu führen, daß jene Vorschriften durch Lokalgewohnheit

---

103) Vergl. Rechtsb. nach Distinktionen, B. II, cap. 2 d. 6 und 7. Eisenach'sches Rechtsbuch III, 11 und 12. Purgoldts Rechtsbuch III, 130. („Schweinekoben und heimlich Gemach") Hach, lüb. Recht II, 205. — Aehnliche Bestimmungen im preuß. Landr. Thl. 1 tit. 8 §. 125 ff. — Unter Gänge und Heimlichkeiten sind nach der Auffassung der vorgedachten Rechtsbücher „Abtritte" zu verstehen. Wochenblatt 1851 S. 236. Das O.A.G. zu Jena versteht Kloaken darunter.

104) Ackermann, Rechtssätze aus Erkenntn. des O.A.G. zu Dresden, N. F. 1. B. S. 104. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1831 S. 236.

Digitized by Google

außer Uebung gekommen sind, (ut leges per desuetudinem abrogentur)[105]). Dieser Beweis würde indessen da ausgeschlossen sein, wo von Statuten, Bauordnungen, Landesgesetzen u. dgl. die Bestimmungen des sächsischen Landrechts getragen werden.

Gemeinrechtlich dagegen ist, da die l. 13 D. 10, 1 keine Anwendung leidet, dem Eigenthümer erlaubt, unmittelbar neben der Grenze Gruben, Kanäle, Düngerstätten u. dergl. anzulegen, nur muß er sie so einrichten, daß einem Durchdringen der Feuchtigkeit in des Nachbars Eigenthum in Form einer Immission vorgebeugt wird[106]), weil er sich andernfalls der Negatorienklage Seiten des Nachbars aussetzen würde. Fehlen die Erfordernisse der Negatoria, so würde der Nachbar noch mit der cautio d. infecti gegen Beschädigungen sich schützen können.

§. 126.

Fenster- und Lichtrecht. Darüber giebt es in der Theorie wie in der Praxis zwei entgegengesetzte Ansichten. Die eine hält den Eigenthümer für berechtigt, Fenster- und Luftöffnungen in seinem Gebäude nach Belieben anzulegen; nur dürfen nicht Fensterflügel oder Fensterladen in das Nachbargebiet hinein aufschlagen. Die Anlegung von Fenstern u. dgl. wird hiernach als eine res merae facultatis angesehn, und das bloße Haben der Fenster kann nicht durch Zeitablauf zum Behalten derselben, d. h. zu einer Gerechtigkeit führen. Der Nachbar darf die Fenster verbauen, wenn nicht ihr Besitzer durch Verjäh-

105) l. 32 §. 1 D. 1, 3. Curtius, sächs. Civilr. §. 612 nota q. Daß jene Bestimmungen nicht außerhalb der Länder sächs. Rechts gelten, Engau decis. 430. — Es kann die Freiheit von jener Beschränkung auch als Servitut erworben werden, S. 621 unten.

106) Sächs. Gesetzb. §. 359. — Anderer Meinung ist Leyser, spec. 107 n. 6. Dagegen Carpzow, dec. 108. Glück, Pand. X S. 137. Stryk de jure sensuum d. 5 c. 3 no. 19. Huber, prael. ad Pand. h. t. §. 12.

Digitized by Google

rung mit qualificirtem Besitz (Verbot von der einen und Beruhigung dabei von der andern Seite) eine Servitut erworben hat[107]). — Die andere Meinung geht dahin, daß Fenster-, Licht- und Luftöffnungen, welche in das Nachbargebiet gehn, in der Nähe oder an der Grenze vom Hauseigenthümer nur auf Grund einer ihm zustehenden Servitut errichtet werden können. Fahne[108]) behauptet dies aus dem Grunde, weil der Besitzer dadurch, daß er die Fenster längere Zeit hindurch habe, die Baufreiheit des Nachbars beschränke. Er beruft sich dafür auf l. 11 pr. D. 8, 2 und c. 1 C. 3, 34. Allein in der ersten Stelle deuten die Worte se formam ac statum antiquorum aedificiorum custodire debere nicht auf den blos faktischen früheren Zustand hin, wie oben in §. 123 dargelegt worden ist, und es ist die genannte lex für das geltende Recht ohne Bedeutung. Nach der zweiten Stelle soll allerdings die longi temporis consuetudo servitutis vicem obtinere, aber es wird der Besitz einer Servitut (ne vi nec clam etc.) vorausgesetzt[109]). Daß aber das Haben von Fenstern ein Besitzact ist, der zu einer Servitut führen kann, das eben ist erst zu beweisen. Die weiter von ihm angezogene c. 12 C. 8, 10 giebt ebenfalls keinen Anhalt für Fahne's Behauptung; er hat nicht nachgewiesen, daß ihr Inhalt schon zu Paulus Zeiten geltendes Recht gewesen. Insbesondere aber steht ihm ein Ausspruch des Harmenopulus, procheiron l. 2 tit. 4 no. 50 entgegen, welcher in der lateini-

107) Caepolla, tract. de serv. cap. LXII, n. 1. Donell, lib. 11 c. 5. Glück, Pand. X, S. 114. Bangerow, Pand. §. 432 Anm. 1 no. 3. Gesterding, Lehre vom Eigenth. §. 3. Außerdem Carpzow, Stryk, Lauterbach, Berger, Hommel. — Seuffert, Arch. VI, 15. XIV, 13. XX. 17. Sächs. Zeitschr. N. F. B. 43 S. 354. Blätter für Rechtspflege B. 26 S. 235.

108) Das Fenster- und Lichtrecht, bes. S. 19. Ein interessanter und merkwürdig beurtheilter Fall im Arch. f. prakt. Rsw. II, S. 177 ff.

109) l. 19 pr. D. 8, 5. Bekker, Jahrb. V 192 ff. Andere Ansicht Seuffert, Arch. X, 16.

Digitized by Google

ſchen Ueberſetzung alſo lautet: „nonnulli litium aemantes atque invidi eos, qui aedificant domos et sic in vicinorum aedes despecturi sunt, prohibere conantur; sed neque legibus cautum est, neque sane ex vetustis aedificiis deprehendimus, veteres hanc existimasse injuriam; videmus enim cunctas propemodum domos in se mutuo despectare“.

Von Andern [110]) wird die fragliche Theorie alſo begründet: Die Fenſteranlage ſei mehr als eine bloße Oeffnung in der Wand; der Zweck gehe darauf, Luft und Licht aus des Nachbars Luftraum zu gewinnen und auch zu behalten. Dies ergebe ſich aus l. 30 D. 7, 1 und l. 10 D. 8, 2. Die servitus luminum beſtehe gerade darin, daß der Nachbar dulde, daß wir in ſeine Eigenthumsſphäre einen Eingriff machen (in die Luftſäule über ſeinem Grundſtücke), und daß er das nöthige Licht uns nicht entziehe (lumina excipere). Die deutſche Partikulargeſetzgebung (Statuten und Landesgeſetze) ſtänden auf Seiten dieſer Anſicht, weil ſie das beliebige Anlegen von Fenſtern beſchränken. — Dagegen iſt Folgendes einzuwenden: Die angezogenen l. 30 und l. 10 ſagen nichts mehr und nichts minder, als daß Derjenige, welcher Jemandem ein Haus vermacht, offenbar den Willen habe, ihm ein brauchbares Haus zu vermachen; ohne alles Licht jedoch ſei ein Haus unbrauchbar, und deshalb müſſe der Erbe das Höherbauen in ſoweit beſchränken, daß dem vermachten Hauſe das in usus diurni moderatione nothwendige Licht verbleibe. Daſſelbe iſt der Fall, wenn der Uſusfruktus eines Hauſes vermacht worden iſt [111]). Ganz unbegründet iſt, daß durch das Anlegen von Fenſtern der Luftraum des Nachbars occupirt und ein Eingriff in denſelben gemacht werde. Wer

110) Stölzel, Arch. f. civ. Prax. B. 52 S. 206 ff.

111) Dieſe Beſtimmungen ſind lediglich auf den präſumtiven Willen des Erblaſſers zurückzuführen, l. 1 §. 2—4 D. 7, 6.

Digitized by Google

Fenster anlegt, läßt Luft und Licht herein kommen, aber er schiebt und leitet nicht etwas in das Nachbargebiet hinüber (Immission). Auf das Licht und die Luft über seinem Grundstück hat Niemand ein jus quaesitum; er hat nur das Recht, zu verbieten, daß in seinen Luftraum körperliche Gegenstände hinein geschoben oder geleitet werden. Die Definition der servitus luminum, wie sie Stölzel giebt, ist demnach nicht richtig, doch ist er dabei der Wahrheit nahe gekommen. Aus der deutschen Partikulargesetzgebung kann man keinen Schluß auf den Kern des gemeinen Rechts machen; denn einmal ist dort keine Uebereinstimmung vorhanden, anderntheils dürfte gerade die römische Baufreiheit der Grund für einzelne Partikulargesetze gewesen zu sein, die Anlegung der Fenster zu beschränken, um den Einblick in das Nachbarheimwesen, das Herübergießen oder Werfen von Wasser und Unrath zu verhindern.

§. 127.

Auch ein deutschrechtliches Gewohnheitsrecht läßt sich nicht erweisen. Man hat wohl aus einzelnen Aussprüchen alter deutscher Rechtsbücher, sowie aus Bauordnungen und Partikulargesetzen ein deutsches oder sogenanntes statutarisches Fenster- und Lichtrecht zu konstruiren versucht, und als Hauptgrundsätze desselben angeführt, daß es die natürliche Freiheit, nach Willkür Fenster anzulegen, die auf das Grundstück des Nachbars gehen, beschränke, diesem aber auch, wo die Fenster hergebracht sind, die Freiheit, sie zu verbauen, entziehe [112]). Wie wenig dieses Verfahren gerechtfertigt ist, wird sich aus Folgendem ergeben. Die Anlegung von Fenstern, die in des Nachbars Hof gehen, verbietet eine Stelle des Sachsenspiegels II, 49 (§. 1): „noch nichen Fenster soll man haben in eynes Mannes Hof"; allein

112) Eichhorn, deutsch. Privatr. §. 188. Weiske, Rechtslexikon B. 10 S. 269 nota 624.

Digitized by Google

dieſe Stelle findet ſich nur im Cod. Quedlinb.[113]), und da der Sachſenſpiegel nur nach der Zobelſchen Ausgabe in Sachſen angewendet wird, ſo entbehrt jene Stelle in Praxi aller Bedeutung. Die Häuſereinrichtung in den Ländern des ſächſ. Rechts läßt nicht erkennen, daß jene Vorſchrift jemals beachtet worden ſei. Gleiches Verbot enthalten[114]) das Lübiſche Recht, III, tit. 12 art. 13, das Hamburger Stadtrecht II, tit. 20 art. 8, die Frankfurter Reformation und die Nürnberger Reformation, tit. 16 §. 3. Die Ulmer Bauordnung tit. X §. 1[115]) geſtattet die Anlegung von Fenſtern, die in des Nachbars Grundſtück gehen, dem Eigenthümer nur, wenn er ein Traufrecht hat. Dagegen erlauben die beliebige Anlegung von Fenſtern mit der Pflicht, ſie zu verwahren[116]) (mit Gittern, Eiſenſtäben ꝛc.) Purgoldts Rechtsbuch B. II. art. 132: „Eyn iglicher mag venster machenn an seine hawse, wie vel her wel unnd wo her wel, her sal sie aber verpfosten unnd befredin, das nymandt doruss gestigenn adder gegissen moge in seines nackeburs hoff. Der nackebur mag ouch kegin den fenstern wol bawen, ab es en verdrusset. Statrecht“ — ferner die Eiſenach'ſchen Statuten III, 5, und das Preuß. Landr. Thl. 1, tit. 8 §. 137, ſowie das Oeſtreichſche Geſetzbuch §. 488 u. 364. Auch das königl. ſächſ. Civilgeſetzbuch kennt keine Beſchränkung des Eigenthümers. Die Fenſter des Nachbars zu verbauen, geſtatten das Purgoldt'ſche Rechtsbuch l. c., die Eiſenach'ſchen Statuten III, 5, die Nürnberger Reformation tit. 16 §. 3, die Ulmer

113) Gerber, deutſch. Privatr. §. 87 nota 5.

114) Vgl. Rechtsb. nach Diſtinkt. B. II cap. 2 §. 13. Eiſenachſches Rechtsb. III, 21.

115) Vgl. über dieſe Stadtrechte Hellfeld, Repertorium, v. Fenſter und Kraut a. a. O. §. 138.

116) Stryk, usus mod. pand. l. c. §. 10 und Lib. 39 tit. 2 §. 9. Ueber die Wirkung des Verbots, neue Fenſter anzulegen, Ackermann, Rechtsſätze des O.A.G. Dresden, B. 2 S. 289.

Digitized by Google

Bauordnung X, §. 2. Dagegen verbieten das Verbauen hergebrachter Fenster („so im richtigen Besitze sind") das Hamburger Stadtrecht p. II, tit. 20 art. 8, und das Preuß. Landr. Thl. 1 tit. 8 §. 142 (wenn die Fenster länger als 10 Jahre vorhanden sind und nicht von anderer Seite Licht zu haben ist).

Wenn Holzschuher (II, 1 S. 85) sagt, in den meisten Städten besteht ein Fenster- und Lichtrecht, so ist das sicher eine unerwiesene und unerweisliche Behauptung; gewiß ist eher das Gegentheil anzunehmen. Die Mehrzahl Städte hat keine Bauordnungen, in denen solch' ein Recht geordnet wird, und für diese muß die Baufreiheit des gemeinen Rechts vindizirt werden.

Es ist ferner unrichtig, wenn Manche schon daraus, daß Landesgesetze oder Statuten den Eigenthümer in der Anlegung von Fenstern beschränken, den Satz ableiten, daß dem Nachbar alsdann nicht erlaubt sei, sie zu verbauen. Offenbar wäre dieser dann schlimmer daran, als wenn die zu seinem Gunsten geordnete Beschränkung des Andern nicht vorhanden wäre. Dagegen kann, wo eine Beschränkung geordnet ist, die Befugniß, Fenster, welche gegen solche Verordnung verstoßen, anzulegen und zu haben, durch Verjährung resp. durch Vertrag (als Servitutrecht) erworben werden, sofern die Bestimmungen nicht rein polizeilicher Natur sind. Ist nun ein solches Fensterrecht (wider Partikularrecht) durch Verjährung erworben, so wird doch dadurch dem Nachbar das Recht, durch Bauten die Vortheile dieses Fensterrechts dem Andern zu entziehen, nicht ausgeschlossen. Durch jenen Erwerb des Fensterrechts erlangt der Eigenthümer nur das, was gemeinrechtlich als natürlicher Ausfluß des Eigenthums zu betrachten; neben diesem aber besteht für den Nachbar gleichberechtigt als Ausfluß des Eigenthums die Befugniß, nach Belieben zu bauen, auch wenn er dem Andern das Licht entzieht[117]).

117) Holzschuher, Civilr. II, 1 S. 86. Erk. des Landger. Wolffen-

Digitized by Google

§. 128.

Da die c. 12 C. 8, 10 keine praktiſche Anwendung finden kann, weil ſie nicht recipirt iſt, ſo mangelt in den Quellen jede ausdrückliche Beſtimmung über die Anlegung von Fenſtern u. dgl. Es muß alſo angenommen werden, daß man kraft ſeines Eigenthumsrechts Fenſter nach Belieben anlegen kann. In dieſer Anſicht wird man zunächſt durch die Erwägung beſtärkt, daß es doch ſehr auffällig wäre, daß keiner der römiſchen Juriſten einer Beſchränkung des Eigenthümers bezüglich der Fenſter erwähnt, wenn eine ſolche wirklich beſtanden haben ſollte. Poſitiv aber läßt ſich unſere Anſicht ſtützen auf l. 9 D. 8, 2: „cum eo, qui tollendo obscurat vicinis aedes, quibus non serviat, nulla competit actio, und c. 8, 9 C. 3, 34; ſie läßt ſich aber weiter auch aus den bezüglichen Servituten, namentlich den servitus luminum darthun[118]). Lumen und lumina bedeutet zunächſt Licht (Helle), wie aus den Ausdrücken minuere lumina, nocere lumini, impedimentum luminis (l. 4 l. 15 D. 8, 2) ſich ergiebt. Lumina begreift aber weiter die Oeffnungen in der Wand, um Licht herein zu laſſen, auch die Fenſter, lumina immittere in parietem (l. 40 eod.), lumina obscurare (l. 13 §. 7 eod.), lumina, quae nunc sint, lumen unicum (l. 23 eod. l. 6 §. 5 D. 1, 18). Die Definition: Lumen id est, ut coelum[119]) videretur (l. 16 D. 8, 2) bezeichnet den Zweck und den Umfang des Rechts; man muß, wenn man am Fenſter ſteht, ohne ſich hinauszubeugen, den Himmel

---

büttel in Samml. intereſſ. Aufſätze, Braunſchweig 1837, B. 1 S. 71. Erk. des Berl. Kaſſ.- und Reviſionshofs bei Seuffert, Arch. B. 2 no. 139.

118) Die Definition iſt ſehr beſtritten, vgl. Glück a. a. O. X S. 94 ff. Bangerow §. 342 Anm. 1 no. 3.

119) In der Bedeutung von Himmel; die Bedeutung von Luft paßt hier offenbar nicht l. 7. l. 8 D. 45, 1.

Digitized by Google

ſehn können [120]). Nach l. 4 eod. giebt es eine beſondere servitus luminum: Luminum in servitute constituta id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat. Daß davon die serv. ne luminibus officiatur unterſchieden werden muß, beweiſt der zweite Satz des Fragments: quum autem servitus imponitur, ne lum. officiatur, hoc maxime adepti videmur ꝛc. Auch in l. 23 eod. kommt dieſer Gegenſatz vor: si servitus imposita fuerit, lumina, quae nunc sunt, ut ita sint — und quod si ita cautum sit, ne luminibus officiatur. — Lumina excipere bedeutet: die Fenſter aufnehmen, wie stillicidia excipere (l. 17 §. 3 eod.) d. h. dulden (in dem Sinne ut vicinus aliquid patiatur vel non faciat). Wir finden bei den klaſſiſchen Schriftſtellern dolores excipere, impetum discordiarum, vim frigorum, invidiam excipere. Warum wir von dieſer Bedeutung hier abgehn wollen, dazu gebricht es an jedem Grunde. Dagegen hat das Dulden der Fenſter Seiten des Nachbars als Objekt einer Servitut ſeinen guten Grund. Das Anlegen von Fenſtern u. dgl. begreift keine Occupation des nachbarlichen Luftraums, auch keine Immiſſion in derſelben, und deshalb hat der Nachbar kein jus prohibendi; aber der Nachbar hat das Recht, die Fenſter zu verdunkeln (mit einem velum oder einer Bretterplanke) oder ganz zu verbauen [121]). Ut vicinus lumina nostra excipiat hat alſo den Sinn: daß der Nachbar unſere Fenſter ꝛc. dulde und nicht verbaue oder ſonſt verdunkele (ut aliquid non faciat). Aber in dem ut vicinus lumina nostra excipiat iſt auch das ut aliquid patiatur enthalten, d. i. die despectatio (nach Harmenopul), die Einſicht von den Fenſtern aus in das Nachbargehöft und ſeine Umgebung, die ſehr ſtörend und läſtig werden kann. Harmenopul l. c. meint zwar: videmus enim cunctas propemodum do-

120) Caepolla, tractatus de servitut. cap. 36 no. 1.

121) l. 9 D. 8, 2. l. 61 D. 50, 17. c. 8 C. 3, 34.

Digitized by Google

mus in se mutuo despectare, nec ulla majores tenebat invidia, unde et nos despectationis incommodum nihil pendimus [122]); allein nach unſerer Anſchauungsweiſe möchte ſich das doch anders verhalten. — Man hat wohl die serv. luminum aus l. 40 D. 8, 2: Eos, qui jus luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communi nullo jure fenestras immisisse respondi, erklären wollen; allein hier iſt ja ausdrücklich von dem Durchbrechen einer gemeinſchaftlichen Wand die Rede [123]), wobei eine Servitut rechtlich nicht möglich iſt, und die Worte qui jus lum. immittendi non habuerunt bezeichnen bei Miteigenthümern nur, daß der eine ohne Zuſtimmung des andern eigenmächtig in dieſer Weiſe nicht handeln darf [124]). Dagegen wird in l. 4 D. 8, 2 einer gemeinſchaftlichen oder fremden Wand, in welche Fenſter eingelaſſen worden, nicht gedacht, wohl aber wird von einer servitus constituta geſprochen, es iſt alſo das Nächſte und allein Zuläſſige, daß die Fenſter in der eignen Wand des Berechtigten angelegt worden ſind.

Es fragt ſich nun, wie verhält ſich die serv. luminum zu den Servituten ne luminibus officiatur und non altius tollendi? Die Antwort auf dieſe Frage wirft ein helles Streiflicht auf die serv. luminum. Dieſe drei Servituten erſcheinen nach den Quellen nicht weſentlich verſchieden, ſondern ihre Verſchiedenheit wird durch die Formulirung der Stipulatio bei Beſtellung der Servitut begründet, und dieſe wiederum wird nach der konkreten Sachlage und den obwaltenden Verhältniſſen ſich gerichtet haben. Die serv. luminum geht im Allgemeinen dahin, daß der Nachbar nichts thut, wodurch dem Berechtigten

122) Glück, Pand. X S. 115.

123) Vom Durchbrechen der fremden Wand c. 8 C. 3, 34.

124) l. 26 D. 8, 2. l. 11 D. 8, 5. l. 13 pr. D. 8, 2 (jus faciendi im Gegenſatz zu jus prohibendi).

Digitized by Google

der Anblick des Himmels (ut coelum videretur) entzogen wird[125]), sei es durch apertos cancellos (Gitter) oder durch vela, wie Harmenopul l. c. sagt, oder, wenn noch kein Gebäude vorhanden, durch Errichtung eines solchen, oder wenn eines vorhanden, durch Höherbauen. Der Zweck der serv. ne luminibus officiatur ist darauf gerichtet, daß das Licht, welches durch die Fenster ꝛc. bisher eingedrungen ist, nicht geschmälert werde, was theils durch Höherbauen, aber auch durch Wegnahme eines Gebäudes, theils durch Pflanzen von Bäumen u. dgl. geschehn kann (l. 4. l. 17 pr. §. 1. 2. l. 23. l. 31 D. 8, 2). Die Tendenz der serv. non altius tollendi erscheint in einer Beziehung konkreter, sie hat es nur mit Bauten zu thun; in anderer Beziehung geht sie weiter, sie will nicht nur die Verminderung des Lichts, das durch die Fenster einfällt, verhüten, sondern sie soll die Verminderung des Lichts der Gebäude überhaupt (des Lichts, welches durch das offene Dach in das convaedium und peristilum fällt)[126]) verhindern (l. 11 §. 1. l. 12, l. 25 §. 1. l. 32 pr. l. 9 D. 8, 2, vgl. c. 8 C. 3, 34).

Ob nun die c. 12 C. 8, 10, welche wenigstens eine wissenschaftliche Bedeutung behalten dürfte, mit unserer Ansicht im Einklang steht? Sie verordnet in §. 2, daß wer ein neues Haus baut, 12 Fuß von dem Nachbargebäude bleiben soll. Dann sei ihm erlaubt, so hoch zu bauen, als er will, und Fenster nach Belieben anzulegen (prospectivas sowohl, als blos luciferas). Daraus könnte man schließen, daß dies vordem nicht erlaubt gewesen sei. Allein der Kaiser will hier offenbar eine Prämie oder Vergütung für das Freilassen von 12 Fuß setzen, und entbindet den Bauunternehmer von den ihm obliegenden Servituten non altius tollendi und der serv. luminum, weil ein Zwi-

125) l. 15 vgl. mit l. 16 D. 8, 2.

126) Reallexikon des klass. Alterthums v. Lübker voce Haus. l. 9 D. 8, 2: qui tollendo obscurat vicini aedes.

Digitized by Google

schenraum von 12 Fuß bei nicht außerordentlich hohen Gebäuden den Anblick des Himmels freiläßt resp. den Häusern genügendes Licht gestattet. Diese Tendenz des Kaisers leuchtet daraus hervor, daß er die Einschränkung hinzufügt, nur die Aussicht auf das Meer dürfe nicht verhindert werden, und daß er in §. 3 dem Bauenden seine weiter gehenden Rechte aus Verträgen oder Stipulationen ausdrücklich wahrt, dagegen der etwaigen Rechte des Nachbars (serv. non altius tollendi ꝛc.) nicht erwähnt.

Aus den Bauordnungen und Statuten der Vorzeit ergeben sich folgende Resultate: Man unterscheidet Fenster mit Aussicht (f. prospectivae) und blos lichtbringende Fenster (luciferae). Erstere läßt man nur zu, wo sie hergebracht sind oder auf einer Servitut beruhen oder wenn ein genügender Zwischenraum die betreffenden Grundstücke trennt. Letztere werden gestattet ohne solche Voraussetzungen, wenn sie so angelegt und verwahrt sind, daß nicht herausgesehn, nicht herausgestiegen, und nichts herausgeworfen oder gegossen werden kann. — Diese Bestimmungen empfehlen sich de lege ferenda.

§. 129.

Das Recht des Eigenthümers, auf dem Seinigen zu bauen und einzureißen, ist ein jus merae facultatis, was dadurch, daß er vielleicht 30 Jahre lang und noch länger das Bauen unterlassen hat, nicht verjährt und verloren geht[127]). Dagegen wird von Manchen behauptet, daß durch qualificirte Verjährung (Widerspruch Seiten des Nachbars und Beruhigung Seiten des Eigenthümers) könne die Baufreiheit des Eigenthümers nach der in Frage stehenden Richtung hin verloren werden. Diese Ansicht theile ich nicht; nach meinem Dafürhalten kann die Bau-

127) Schmidt, hinterlass. Abhandl. B. 2 S. 196. Bülow und Hagemann, pratt. Erört. B. 6 S. 80. Hommel, rhaps. I obs. 33. Stryk, usus mod. VIII, 2 §. 13.

Digitized by Google

freiheit des Eigenthümers durch Verjährung nur in sofern verloren gehen, als der Nachbar eine entgegenstehende Servitut erwirbt, wenn derselbe also den Eigenthümer bei einem Bauunternehmen gerichtlich inhibirt, dieser dabei sich beruhiget, und die vorliegenden Verhältnisse der Art sind, daß sie für den Nachbar den Stoff und Inhalt einer Servitut darbieten. Andernseits kann aber, wenn Jemand duldet, was er dem Nachbar verbieten kann, wenn er z. B. Fenster oder einen Abtritt u. dgl. anlegen läßt, die in dieser Weise (unmittelbar an der Grenze, unvergittirt u. dgl.) anzulegen durch Gesetz oder Statut zu seinem Gunsten verboten ist, dies die Folge haben, daß der Erstere mit dem Ablauf der Zeit das Recht verliert, es zu verbieten, der Nachbar kann durch Verjährung eine Servitut, die ihn von der gesetzlichen Beschränkung befreit, erwerben, weil er durch das stillschweigende Dulden des Nachbars in den Besitz der Baufreiheit kommt — sed si patiente eo aedificavero, ego possessor ero effectus, l. 6 §. 1 D. 8, 5 [128]).

Zur Erhaltung seiner Gebäude im baulichen Zustande ist der Eigenthümer dem Nachbar gegenüber nur in sofern verpflichtet, als dieser bei ihm drohenden Schaden die cautio damni infecti von jenem fordern darf, oder auch die Negatoria erheben kann, wenn das baufällige Gebäude ein unerlaubtes Immissum bildet, z. B. bei einer bauchigen Wand; l. 14 §. 1. l. 17 pr. D. 8, 2 [129]), bei dem Eindringen von Wasser aus schadhaften Behältern, l. 13 D. 8, 5.

Baustreitigkeiten sind in der Regel im Rechtswege zu

128) Haubold, sächs. Privatr. §. 200. Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1851. Gesterding, Eigenthum §. 3. Curtius, Civilr. §. 989. Wangerow §. 342 Anm. 3. Elvers a. a. O. §. 39. Windscheid, Pand. §. 211 nota 11.

129) Ueber gerichtliche Subhastation verlassener, vernichteter oder baufälliger Gebäude, sächs. Generale vom 30. Mai 1763, königl. preuß. Reskript v. 5. März 1838. Rechtslexikon B. X S. 633 und 647.

Digitized by Google

erörtern und zu entscheiden. Das Einschreiten der Verwaltungsresp. Polizeibehörden kann nur dann in Anspruch genommen werden, wenn es sich entweder um ein Zuwiderhandeln gegen ein bestimmtes Polizeigesetz, gegen Bestimmungen einer Bauordnung u. dgl. handelt, oder wenn aus allgemeinen polizeilichen Gründen, wegen Feuersgefahr, Gefahr für Leben oder Gesundheit, überhaupt wegen gemeingefährlicher Anlagen das polizeiliche Einschreiten gerechtfertigt erscheint [130]). Bei dem gerichtlichen Verfahren werden hier die Provisorien, welche in §. 819 u. 820 der deutschen Civ.-Proz.-Ord. zugelassen werden, von besonderer Bedeutung werden. Streitigkeiten über die Fortsetzung des angefangenen Baues gehören zu den Feriensachen [131]).

130) Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1851 S. 234.
131) Gerichtsverf. Ges. §. 202.

Digitized by Google

Anhang.

I. Rechtsfälle.

No. I.

Die Bauconducteurin M. D. Wagner besaß in Gera auf der Neustadt daselbst eigenthümlich ein Wohnhaus neben dem des Porzellandrehers Riffe, welches von dem ihrigen durch eine Kommun- oder Koppelmauer getrennt und von dessen Eigenthümer an den Büchsenmacher Hanau vermiethet worden war. Hanau hatte im Erdgeschoß seine Werkstatt angelegt, dort einen Ambos errichtet, und zwei Werkbänke in der eine halbe Elle starken Koppelmauer befestiget. Als er eine Zeitlang gearbeitet hatte, zeigten sich Risse in dem W.'schen Hause. Trotz der Entfernung der Werkbänke, die später erfolgte, dauerten die Erschütterungen durch das Arbeiten in der Hanau'schen Werkstatt noch fort, und die Risse im Wagner'schen Hause vermehrten sich. Deshalb reichte die Wagner eine Imploration wider Riffe und Hanau ein und bat, dem Riffe aufzugeben, daß er die Werkstatt aus seinem Hause entferne oder cautio damno infecto leiste.

Urthel der Fakultät zu Leipzig:

Und hat der Klägerin Suchen, soweit es wider Mitbeklagten gerichtet, schlechterdings, sofern es gegen Beklagten geht, inmaßen es angebracht, nicht Statt; sie könnte und wollte denn, daß von Beklagtens Betreibung seines Büchsenmacher-Gewerbes in der in Mitbeklagtens Hause befindlichen Werkstatt desselben für ihr anstoßendes Haus Schaden zu befürchten stehe, binnen Sächsischer Frist, Beklagten und Mitbeklagten der Gegenbeweis u. s. w. vorbehältlich, wie Recht erweisen; so ergehet in der Sache ferner, was Recht ist.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe:

Das prätorische Edikt über damnum infectum, das ursprünglich nur auf unterlassne Reparatur eines baufälligen Hauses sich bezieht, kann zwar auf absichtliche Anlagen und Einrichtungen allerdings auch angewendet werden. Dies jedoch nur unter der Voraussetzung, daß dieselben Umstände, die bei jener Unterlassung Statt finden und das Recht auf Caution begründen, auch hier vorhanden sind, daß also die Einrichtung an sich wirklich für den Nachbar die Gefahr eines Schadens mit sich führt. In dem vorliegenden Falle ist es nun aber keineswegs die Anlage der Werkstatt selbst, welche der Klägerin Schaden drohen kann, sondern jedenfalls kann nur die Arbeit, welche Beklagter in selbiger verrichtet, ihrem Hause gefährlich werden. Daher ist Klägerin offenbar nicht befugt, wider Mitbeklagten, der diese Arbeit keineswegs ausübt, irgend einen Anspruch zu erheben. Andererseits kann gegen Beklagten ein solcher Anspruch ebenfalls nicht auf die Beschaffenheit seiner Werkstatt, sondern nur auf die Arbeit, die er darin treibt, gegründet werden.

Von Beklagtem, der auf keine Weise etwas unternommen hat, woraus der Klägerin Schaden erwachsen könnte, kann sie eine diesfallsige Sicherstellung gar nicht fordern; und im Verhältnisse zum Mitbeklagten hängt dieses Recht davon ab, daß seine Arbeit wirklich der Art sei, daß eine schädliche Erschütterung des Hauses der Klägerin dadurch in der That bewirkt werde. Die Klage scheint also wider Beklagten als überhaupt unzulässig, und wider Mitbeklagten, da Klägerin von dem gedachten Sachverhältnisse in derselben gar nichts erwähnt hat, als in der angebrachten Maße unstatthaft. Es hat jedoch, da nach dem Vorstehenden dieses Klaggesuch nur auf eine einzige Weise rechtlich begründet werden kann, nicht erforderlich geschienen, die Klägerin in die Nothwendigkeit der Ueberreichung eines neuen verbesserten Klaglibells zu versetzen, sondern man hat für angemessen erachtet, die Mängel des vorliegenden durch Vorschrift des Beweisthemas zu ergänzen.

Gegen dieses Erkenntniß ergriffen die Beklagten das Rechtsmittel der Läuterung.

Das nach erfolgter Aktenversendung ergangne Urthel der Juristenfakultät zu Halle und Wittenberg entband Beklagten und Mitbeklagten von der gegen sie erhobenen Klage schlechterdings und erkannte auf Vergleichung der Kosten aus folgenden

Entscheidungsgründen:

Was

1) die Frage betrifft, gegen wen überhaupt der Anspruch auf eine cautio de damno infecto begründet ist, so ergiebt sich aus l. 19

Digitized by Google

pr., verglichen mit l. 9 §. 4 u. 5. l. 10. 11. 13 und l. 15 §. 24 —27 D. de damno infecto, daß dergleichen Cautionen durchaus nur von dem Eigenthümer des benachbarten Grundstückes und von solchen Personen verlangt werden können, welche ein dingliches Recht daran gewonnen haben. Klägerin kann daher gegen den Wilhelm Hanau, welcher nur als Miether das benachbarte Haus inne hat, überall keinen Anspruch auf cautio damni infecti erheben, es ist mithin die Klage, soweit sie gegen ihn erhoben, für schlechthin unstatthaft zu erachten. Zweifelhaft scheint es, ob nicht der weitere Beklagte Daniel Riffe als Eigenthümer des benachbarten Hauses zur Sicherstellung der Klägerin verpflichtet sei, und nur das Recht habe, nachher, nicht durch eine neue cautio damni infecti, sondern nach l. 18 §. 3 und l. 33 D. eod. mit der actio locati conducti seinen Regreß an den Wilhelm Hanau zu nehmen. Denn es ist in l. 24 §. 6 D. eod. anerkannt, daß wenn auch das opus, welches Schaden zu bringen droht, von einem andern als dem benachbarten Eigenthümer herrührt, dieser doch zur cautio und aus derselben verpflichtet ist, sobald er jenen an diesem opus hindern konnte; und es unterliegt keinem Zweifel, daß der Daniel Riffe bei Vermiethung seines Hauses an den W. Hanau diesem die Bedingung auflegen durfte, daß er nicht in dem gemietheten Hause sein Gewerbe als Waffenschmied betreibe. Allein diese gesetzliche Bestimmung kann, wie schon aus dem prohibere folgt, nicht sowohl von der Möglichkeit auf vertragsmäßigem Wege eine Anlage zu verhindern, als von einem wirklichen Verbotsrechte verstanden werden, ein solches steht aber dem Vermiether, welcher sein Haus einem andern zur Benutzung überlassen hat, ohne über die Art und Weise derselben nähere Verabredung zu treffen, in keiner Weise zu, so lange nicht der Miether eines Mißbrauchs des gemietheten Hauses sich schuldig macht, oder es zu gesetzlich unerlaubten Geschäften benutzt. Da aber Riffe dem Hanau die Werkstatt anzulegen erlaubt hat, und diese mit obrigkeitlicher Erlaubniß angelegt worden ist; so muß Daniel Riffe als ein solcher gelten, qui opus prohibere non potest, und kann somit auch in keiner Weise von der Klägerin in Anspruch genommen werden; die Klage ist auch im Verhältniß zu diesem Mitbeklagten nicht gegen den rechten Beklagten angestellt und aus diesem Grunde für gleich unstatthaft zu erachten.

Dasselbe ist aber auch zu behaupten, wenn man

2) den Klaggrund, aus welchem der Anspruch auf Sicherstellung erhoben ist, näher berücksichtigt. — Außer den Fällen, wo Jemand auf fremdem Grund und Boden eine Handlung vorzunehmen oder eine Anlage zu machen berechtigt ist, und weil dabei das fremde Grundstück beschädigt werden kann, im Voraus Sicherheit leisten soll, tritt bekanntlich die Verpflichtung zur cautio de damno infecto nur ein, wenn

Digitized by Google

von zwei angrenzenden Grundstücken für das eine von Seiten des andern Gefahr zu befürchten ist, hier aber auch, wie es in

l. 19 §. 1 D. de damno infecto und verglichen mit

l. 15 §. 3 u. 10. l. 20. l. 24 §. 2 u. 5 eod.

heißt, nur in den beiden Fällen

„sive aedium vitio sive operis, quod vel in aedibus vel in loco urbano aut rustico — fiat, damni aliquid futurum sit."

Einer Benutzung des der Klägerin gehörigen Gebäudes beim Betriebe seines Gewerbes kann dieselbe den beklagten Hanau nicht mehr beschuldigen, seitdem er auf ihre Beschwerden die an der gemeinschaftlichen Mauer befindlichen Werkbänke von derselben entfernt hat. Ebenso behauptet Klägerin nirgends, daß das benachbarte Haus baufällig sei und deshalb Schaden zu befürchten stehe. Es könnte somit der Anspruch der Klägerin nur aus einem vitium operis hergeleitet werden. Bei der von Gerichtswegen veranlaßten Untersuchung der fraglichen Werkstätte durch die theils von den Parteien, theils von der Klägerin selbst in Vorschlag gebrachten Sachverständigen hat sich indeß eine fehlerhafte Errichtung und Anlage der Werkstätte überhaupt oder des fraglichen Amboses insbesondere, welche die Behauptung der Klägerin, daß von dem Betriebe des Gewerbes des beklagten Hanau für ihr Grundstück Schaden zu befürchten sei, als begründet erscheinen ließe, in keiner Weise ergeben. Mit vollem Rechte hat daher die sententia a qua anerkannt, daß die Anlage der Werkstatt selbst der Klägerin keinen Schaden drohen könne, und daß auf deren Beschaffenheit die Klage nicht gegründet werden könne; irrig aber ist es, wenn die frühern Sententionanten den Grundsatz aussprechen, daß die Klage in sofern für wohlbegründet zu erachten sei, als Klägerin den Beweis zu führen vermöge, daß durch die Arbeit, welche in der fehlerlosen Werkstatt vom Beklagten getrieben wird, eine ihrem Hause gefährliche Erschütterung bewirkt werde. Denn einmal wird in unsern Gesetzen

cfr. Brissonius de verb. signif.

das Wort opus immer nur von besondern Anlagen, Vorrichtungen, Gebäuden ꝛc. gebraucht, niemals aber von den einzelnen Handlungen, Arbeiten u. s. w., welche zum Zweck oder in Folge solcher Anlagen geschehen, und es ist daher der Schade, welcher für Jemand aus eines Dritten Betriebe eines bestimmten Gewerbes entsteht, nicht als ein damnum ex vitio operis zu betrachten.

Anderseits wird aber auch die Verbindlichkeit zur cautio damni infecti in den Gesetzen

cfr l. 6 u. 7 §. 1 D. eod.

als ein jus singulare der Nachbarn betrachtet, da eigentlich der Scha-

Digitized by Google

den, welchen einer von ihnen ohne des anderen unmittelbares Zuthun, und ohne daß er sich einer eigentlichen Rechtsverletzung schuldig macht, und ohne besondere vertragsmäßig überhaupt übernommene Verpflichtung, durch dessen Sachen leidet, als ein zufälliger betrachtet wird, der daher auch von demjenigen, den er trifft, getragen werden müßte, eine analogische Anwendung singulärer Rechtsvorschriften ist aber nach bekannten Regeln völlig unzulässig. Ueberhaupt müßte nicht nur der Beweis von Seiten der Klägerin dahin geführt werden, daß von der Handthierung des Beklagten Schaden zu befürchten sei, sondern vielmehr dahin, daß die Benutzung des Amboses eine fehlerhafte Ausübung seines Büchsenmacher-Gewerbes sei, oder wenigstens den technischen Regeln zuwider erfolgt sei.

Endlich kommt aber noch

3) in Betracht, daß sowohl Daniel Riffe, als Hanau, wenn er in dem gemietheten Hause sein Handwerk betreibt, nur ein ihnen unzweifelhaft zustehendes Recht ausüben.

Denn nirgends ist in den Gesetzen den Hauseigenthümern verboten, ihr Haus an Leute zu vermiethen, welche ein lärmendes, dem Nachbar unangenehmes Handwerk treiben, denn über die falsch verstandene L. unic. Cod. de stud. liberal. 11, 18. cfr. Glück, Erläuterung der Pandekten B. 17 §. 1044. Nicht nur aber macht sich überhaupt nur derjenige einer Beschädigung blos schuldig, welcher etwas thut, wozu er kein Recht hat,

l. 51. l. 151. 155 §. 1 D. de regul. jur.

sondern es ist auch gerade in Betracht der cautio damni infecti,

l. 24 §. 12 und l. 26 D. h. t.

der Grundsatz anerkannt, daß, wer sich seines Rechts blos bedient, nicht zur Caution verpflichtet sein soll." —

Gegen dieses Erkenntniß wurde wiederum von der Klägerin das Rechtsmittel der Läuterung ergriffen, und nach abgesetztem Verfahren wurden die Akten zum Spruch versandt.

Das hierauf (von Jena) eingegangene Urtheil lautet:

„daß es bei dem am 23. Juli 1832 eröffneten Urtel nicht allenthalben zu lassen, vielmehr ist der Implorat Hanau, wenn zuförderst annoch von der Implorantin der Gefährdeeid geschworen wird, Einwendens ungeachtet auf die erhobene Imploration sich einzulassen ꝛc. und da er dies bereits gethan, den Grund der Klage aber geläugnet hat, so ist Implorantin diesen, soviel ihr daran verneint worden ist, binnen 4 Wochen u. s. w. zu erweisen schuldig, worauf sodann in der Sache ferner ergeht, was Rechtens, ꝛc."

Digitized by Google

Gründe:

Was aber den Imploraten Hanau betrifft, so hat er von der Imploration aus folgenden Gründen weder überhaupt, noch in der angebrachten Maße entbunden werden können.

Die Entbindung in der angebrachten Maße stützte das erste (Leipziger) Erkenntniß darauf, daß als Grund der schädlichen Erschütterung der Ambos und Schraubstock, nicht wie es sich in der That verhalte, das Arbeiten darauf angegeben sei. Indessen steht doch in der Imploration deutlich, daß durch die Werkstatt des Hanau und dessen lärmende Handthierung die Risse im Hause der Implorantin entstanden seien, worin offenbar die im ersten Urtel vermißte Behauptung liegt, weshalb es also bei der Entbindung in a. M. nicht bleiben kann.

Die Entbindung von der Imploration überhaupt gründete das Erkenntniß der vorigen Läuterungsinstanz darauf, daß

1) Hanau kein jus in re habe, und nur derjenige, der ein solches habe, zur Caution verbunden sei;

2) daß kein vitium aedium behauptet und kein vitium operis vorhanden sei;

3) auf den Grundsatz, qui jure suo utitur, nemini facit injuriam.

Was den ersten Punkt anbetrifft, so legen die Rechte nicht nur demjenigen, welcher ein dingliches Recht am schädlichen opus hat, die Caution auf, sondern allen, qui modo eam rem possideant, teneant suo jure, ut si opus est, possint stipulanti possidere jusso ea re cedere, ut est poena edicti. ad. 2, ist allerdings kein vitium aedium in Frage, sondern nur ein vitium operis. Dies ist in Abrede gestellt, weil nicht der Ambos, sondern das Arbeiten darauf sich als schädlich gezeigt habe, opus aber nicht Handlung, Arbeit u. s. w. zum Zweck oder in Folge der Anlage bedeute, sondern blos die Anlage selbst. Brissonius loc. cit. sagt, daß nur bei der operis novi nuntiatio, wie bei der cautio damni infecti, opus nicht einzelne Verrichtungen und Handlungen, die in keinem Zusammenhange mit dem opus solo conjunctum stehen, bedeute. Handlungen aber, die sich nicht füglich von einem solchen opus, und das opus nicht von jenen getrennt denken lassen, vervollständigen gewissermaßen den Begriff des opus. Dies ergiebt sich auch aus fr. 24 §. 7 D. de dam. inf., in welcher es heißt, daß ein schuldvolles Handeln des Bäckers (ein schuldvoller Gebrauch des Ofens und Feuers), die stipulatio damni infecti ausschließe, aber stillschweigend auch enthalten ist, daß, wenn auch ohne culpa des furnarius, also ein untadelhafter Gebrauch des Ofens (z. B. durch die zu nahe Stellung desselben am Nachbarhause) diesem gefähr-

Digitized by Google

lich werde, die cautio bestellt werden müsse. — ad. 3. Wenn man den genannten Grundsatz in dieser Ausdehnung annimmt, so würde, weil sich jeder, so lange nicht positive Beschränkungen vorhanden sind, seines Rechts bedient, welcher, wie es ihm gefällt, auf dem Seinigen baut, oder seine Gebäude in einem schadhaften und Schaden drohenden Zustande läßt, gar keine cautio damni infecti gefordert werden können — was aber der Fall war und ist. Eine durchgreifende Regel konnte dabei nicht gegeben werden, was für die Freiheit des Berechtigten gefährlich schien. Dazu aber, daß der Berechtigte in der Freiheit seiner Dispositionen nicht zu weit beschränkt werde, diente der Gefährdeeid bei der cautio damni infecti und das billige Ermessen des Richters, der nur da, wo das jure suo uti zu offenbar unbilliger Gefährdung eines Dritten führen würde, die Freiheit des Berechtigten indirekt durch Caution beschränkte. Die im vorigen Erkenntniß citirten fr. 24 §. 12 und fr. 26 D. h. t. sind von den vorigen Urtheilsverfassern falsch aufgefaßt worden.

Im gegenwärtigen Fall würde es aber höchst unbillig sein, das ganze Haus der Implorantin dem Einsturz dadurch auszusetzen, daß man dem Imploraten den Gebrauch seines opus unbedingt frei ließe, und ihn nicht einmal für den Fall, wenn der Einsturz wirklich erfolgte, zu Schadenersatz anhalten wollte.

Es versteht sich von selbst, daß die Verbindlichkeit des Imploraten zur Caution nicht nur von der Bescheinigung der Implorantin, sondern auch von der Leistung des Gefährdeeids durch dieselbe abhängig gemacht werden mußte, zufolge fr. 7 D. cit. —"

Gegen dieses Erkenntniß nun ergriff der Beklagte das Rechtsmittel der Appellation an die fürstliche Landesregierung. Nach vorgehabtem Rathe auswärtiger Rechtsgelehrten (der Fakultät zu Göttingen) erkannte die Regierung:

„daß es beim vorigen Erkenntnisse nicht zu lassen, vielmehr in der Hauptsache das frühere Erkenntniß (der Hallischen Fakultät) wieder herzustellen, und die Klage abzuweisen sei. Die sämmtlichen Kosten dieses Rechtsstreits werden gegen einander verglichen und aufgehoben."

Zweifels- und Entscheidungsgründe:

Die Verfasser des vorigen Urtheils gehen von der Ansicht aus, daß, wenn die Hantirung des Büchsenmachers Hanau in dessen Werkstatt dem Hause der Implorantin wirklich Schaden drohe, ein einen Anspruch auf cautio damni infecti unzweifelhaft begründendes vitium operis anzunehmen sei. Allein wenn auch der angegebene Begriff des opus richtig ist, so wird doch von der wesentlichen Vor-

Digitized by Google

aussetzung eines vitii operis, d. h. eines vitii der Anlage nur dann die Rede sein können, wenn diese, nämlich die Anlage, als an sich fehlerhaft erscheint, so daß deren Gebrauch eben dadurch schädlich wird. Die vorigen Urtheilsverfasser geben dies selbst zu, wenn sie bei der Auslegung der l. 24 §. 7 D. de damno infecto eine Fehlerhaftigkeit des Ofens selbst voraussetzen.

Wären endlich auch alle objektiven Erfordernisse der cautio vorhanden, so würde doch der Anspruch darauf gegen den gegenwärtigen Beklagten, als bloßen Miether des Riffe'schen Hauses auf keinen Fall geltend gemacht werden können.

Zwar die Verfasser des vorigen Urtheils behaupten, daß überhaupt allen die Caution auferlegt sei, welche eine Sache oder opus so besäßen, daß ihnen anbefohlen werden könne, es dem in rem Immittirten zu überlassen und berufen sich, außer auf Donells und Wening-Ingenheims Auctorität, theils auf die von letzterm in seinem Lehrbuche des Civilrechts Buch III, §. 222 not. V citirten Gesetze, theils auf l. 13 §. 10 D. de damno infecto.

Allein jene Gesetze beweisen gerade das Gegentheil, daß nur diejenigen zur Cautionsleistung verpflichtet sind, welche ein dingliches Recht an der schädlichen Sache ꝛc. haben, und l. 13 §. 10 cit. sagt nichts weiter, als daß die Caution durch die Concurrenz gewisser anderer Rechtsmittel, z. B. das Interdictum quod vi aut clam nicht ausgeschlossen werde. In der Stelle des Donell sind die Worte: qui modo eam rem possideant teneantve suo jure falsch verstanden worden, denn die Worte suo jure schließen den Miethsmann deutlich genug aus; das teneant erklärt sich daraus, daß auch der Usufruktuar caviren muß, obgleich er an dem Grundstücke selbst bloße Detention hat.

Nach l. 15 §. 26 eod. erhält der in rem missus das Recht desjenigen, welcher die Caution verweigert hat. Aber welches Recht könnte er erhalten, wenn der Gegner ein bloßer Miether wäre? —

Gegen dies Erkenntniß wurde von der Implorantin das Rechtsmittel der Oberappellation ergriffen.

Das O.A.G. zu Jena ließ die Klage gegen den Miether zu aus folgenden, im Auszuge mitgetheilten Gründen: Das römische Recht unterscheidet zwei Anlässe zur cautio damni inf.: 1) das vitium aedium oder operis: hier kann der Beklagte wohl allerdings nicht der Miethsmann, sondern nur der Inhaber eines juris in re sein — 2) die Unternehmung, welche Andere in Gefahr bringt: z. B. wenn der Miether das jus tollendi geltend macht, l. 14 §. 4 D. XIX, 2; wenn Sachen, die durch Zufall auf das Grundstück eines Andern kamen, weggenommen werden sollen; l. 7 §. 2. l. 9 §. 1

Digitized by Google

D. XXXIX, 2; oder ein opus, das den Lauf des Regenwassers änderte, l. 4 §. 2. l. 5 D. de aqua; ingleichen bei Unternehmungen in solo publico: l. 15 §. 8 D. h. t.; bei Ausgrabungen und Wasserleitungen: l. 24 §. 12 D. h. t. l. 1 §. 38 D. de aqua; beim Gebrauch eines Ofens, ohne daß dessen Fehlerhaftigkeit die Bedingung wäre: l. 27 §. 10 D. IX, 1. l. 24 §. 7 D. h. t. Diese Fälle können analog auf Hanau angewendet werden, selbst wenn seine Vorrichtungen fehlerfrei wären. Eine Rechtsausübung liegt an sich auch in obigen Fällen vor. Nur dann, wenn für den Andern blos mögliche Entziehung eines lucri, nicht auch positiver Schaden in Rede, soll die cautio wegfallen: l. 24 §. 12. l. 26 D. h. t. Daß Hanau der rechte Beklagte ist, fließt aus obigen Fällen, sowie aus dem Prinzip l. 4 §§. 2, 3. l. 5 D. de aqua, daß wenn ein Pachter die Anlage gemacht hat, zwar alle am Grundstück zu treffenden Veränderungen gegen den Eigenthümer — die Schadensprästation aber gegen den Pachter oder Unternehmer in Antrag zu bringen ist. Es mag nicht eingewendet werden, daß eine missio in possessionem gegen den bloßen detentor nicht denkbar; denn es kann ja eine Separation der Vorrichtung vom Grundstück möglich sein; auch können nach heutigem Prozeßrechte andere Mittel, die Caution zu erzwingen, sich als anwendbar zeigen.

No. II.

Unterm 20. September 1837 trat der Anspanngutsbesitzer Gottlieb Köhler in Oberlödla gegen den Anspanngutsbesitzer Abraham Müller in Wiesenmühle mit folgender Klage auf:

Nachdem bereits im Jahre 1833 von der zweiten Abtheilung des Amtes A die Grenze zwischen ihren beiderseitigen Grundstücken regulirt worden sei, hätten sie beide, wie es bereits früher der Fall gewesen, die Braunkohlengräberei auf ihren Grundstücken fortbetrieben. Dabei sei aber Müller in einer Breite von 60 bis 70 Ellen bis zu einer Tiefe von ca. 40 Ellen nach der gemeinschaftlichen Grenze zu eingegangen und habe dicht an letzterer eine ziemlich senkrechte Wand abgestochen. Es sei voraus zu sehen gewesen, daß eine so schroffe Wand von solcher Höhe beim Eintritt nasser Witterung unmöglich habe haltbar sein können, und so sei es gekommen, daß bereits im Frühjahr 1836 auf dem Köhlerschen Grund und Boden nach der mehrerwähnten Grenze zu eine Senkung sich gezeigt und während des letzten Winters resp. Frühjahrs in einen Erdfall sich umgestaltet habe, wodurch nicht allein ein Platz von ungefähr 50 Schritten in der Länge und 40 bis 45 Schritten in der größten Breite bis resp. zu 3, 4 und 6 Ellen nach der Müllerschen Braun-

Digitized by Google

kohlengräberei zu fortgegangen und beziehungsweise versunken, sondern auch ein 38 Ellen von der Grenze entfernter, im Jahre 1834 von Köhlern eingeschlagner Schacht von 44 Ellen Tiefe mit seinem ganzen Ausbau zusammengestürzt sei. Habe nun

1) dieser Schacht bei seiner Anlage 100 Thaler gekostet, und sei er, Köhler,
2) um ferner einen Braunkohlenstreichtisch stellen zu können, zur Zuziehung eines Platzes von seinem angrenzenden Felde, den er nun nicht zum Getreidebau benutzen könne, daher mit einem lucrum cessans von 6 Thlr., und endlich
3) zur Anlegung eines Ganges nach der versunkenen Braunkohle hin — um wenigstens einen Theil der letzteren zu retten — mit einem Aufwande von 40 Thlr. 20 Sgr. veranlaßt worden, somit aber zusammen in einen Schaden von 146 Thalern 20 Sgr. gekommen, so bitte er eventuell der Eidesdelation sich bedienend — um Verurtheilung Müllers zur Bezahlung der gedachten Summe und Geltung aller Kosten.

Nach abgesetzten Verfahren ertheilte das Kreisamt zu Altenburg den

Bescheid:

daß Klägers Suchen nicht Statt hat, derowegen Beklagter von der wider ihn angestellten Klage zu entbinden und loszuzählen. Es ist auch Kläger die durch diesen Prozeß verursachten Unkosten allein zu tragen und resp. dem Beklagten nach deren vorgängigem Ansatz und richterlicher Ermäßigung zu erstatten verbunden.

Gründe:

So mannigfache Schwierigkeiten auch das römische Recht über den in Anregung gebrachten Gegenstand, insbesondere aber der darin de damno infecto einzig sich vorfindende Pandektentitel 39, 2 darbietet, so ist doch durchaus so viel mit Sicherheit zu entnehmen:

Daß derjenige, welcher entweder durch fehlerhafte und wandelbare Beschaffenheit eines nachbarlichen Gebäudes, Grundstücks ꝛc. oder aber dadurch, daß daran oder darauf von dem Nachbar irgend etwas Schadenbringendes, jedoch an sich in den Gesetzen nicht Verbotenes vorgenommen worden ist, einen Schaden erleidet, und sich von dem Inhaber der beschädigenden Sache nicht mit Ueberlassung der rudera abfinden lassen will (11, 6, tit. alleg.), auch sonst keine Klage gegen denselben hat (l. 18 §. 9. l. 32 in fine D. eod.), nur dann einen Anspruch auf Schadensersatz geltend machen kann,

Digitized by Google

wenn er sich vorher von dem Nachbar gerichtliche Caution de damno infecto hat bestellen lassen, um dann bei sich ereignetem Schaden mit der actio ex pacto seu stipulatu damni infecti auftreten zu können.

Von dieser Regel, welche somit Alles der eigenen Vorsicht und Wachsamkeit jedes einzelnen Gefährdeten anheim giebt, dagegen den Gefährdenden einer solchen gänzlich überhebt, werden auf der andern Seite dann, wenn nach erfolgtem Schaden sich ergiebt, daß nicht durch die eigene Schuld oder Nachlässigkeit des Beschädigten die Cautionsbestellung unterblieben ist (l. 8 huj. tit.), mittelst Verstattung einer actio in fact. oder eines Interd. folgende Ausnahmen zugelassen ꝛc.:

Gegen die Anwendbarkeit der nur gedachten römischrechtlichen Bestimmungen könnten nun Zweifel deshalb erregt werden, weil

1) heutzutage überhaupt in den meisten Fällen eines damnum infectum die Obrigkeit theils auf Antrag der Betheiligten, theils sogar ex officio — Baupolizei — inhibitorisch mit mandatis poenalibus und dergl. einzuschreiten pflegt,

S. Altenburg. Prozeßordn. p. 2, c. 4.

sub no. 3—8 p. 312 und daher die Lehre von der cautio damni infecti, als ohnehin mit der natürlichen Billigkeit im anscheinenden Widerspruch stehend, antiquirt erscheinen könnte, und weil

2) anstatt daß das Gesetz meistens Beispiele supponirt, wo die rudera des eingestürzten Werkes auf das Eigenthum des Beschädigten fallen, in vorliegender Angelegenheit gerade der umgekehrte Fall stattfindet, indem nämlich die rudera vom Eigenthum des Beschädigten (Köhlers) auf das des Beschädigers (Müller) herübergefallen sind, mithin die schon nach älterem römischen Rechte dem Beschädigten zugestandene Befugniß, die rudera zu retiniren, in diesem Falle gar nicht ausführbar gewesen sein würde.

Allein so viel

ad. 1 den erstgedachten Zweifel betrifft, so mag es zwar einzelne Juristen gegeben haben, welche aus diesem Grunde die heutige Anwendbarkeit des römischen Rechtes bezweifeln, es hat jedoch diese Ansicht wenig Anklang gefunden und ist auch um so verwerflicher als

a) das heutige sofortige Einschreiten der Obrigkeit mit mandatis poenalibus meistens nur da, wo Gefahr auf dem geringsten Vorzuge ist, stattfinden wird,

Hellfeld, jurispr. for. §. 1682.

Digitized by Google

in andern Fällen aber erst statt der prätorischen Immission ex primo et secundo decreto eintritt,

Schaumburg, sächs. R. B. 2 pag. 771 (3. Aufl.)

und überhaupt dies Alles doch unbeschadet der römischen Lehre vom damnum infectum geschieht, indem die letztere das, was man jetzt mit inhibitoriis und dergl. durchzusetzen sucht, (nämlich die Abwendung eines drohenden Schadens) nicht allein bezweckt, sondern daneben und ganz vorzüglich auch auf den künftigen Schadenersatz, und auf Sicherung eines Klagrechts hinsichtlich desselben sich bezieht. Wenn aber

b) über den letzten Punkt die canonische, wie die vaterländische Gesetzgebung schweigen, so bleibt nichts weiter übrig, als auf das römische Recht zu recurriren, und versteht es sich im Uebrigen von selbst,

c) daß man über Bestimmungen des letzteren, so lange man deren heutiges Fortbestehen anerkennen muß, aus bloßen Billigkeitsrücksichten sich nicht hinaussetzen kann.

Aber es entschwindet auch,

ad 2 gegen die Anwendbarkeit auf den concreten Fall jeder Zweifel dann, wenn man erwägt, daß

a) die Füglichkeit zur Retention der rudera, welche ohnehin dem Beschädigten immer ein schlechter Ersatz sein dürfte, kein wesentlicher Bestandtheil des vom Gesetz im Auge gehabten Falls sein kann, daß vielmehr

b) die ratio des ganzen Instituts — Sicherung, dagegen bei mangelnder Vorsicht aber auch Verlust, des Klagrechts auf das volle Interesse gegen denjenigen Nachbar, welcher durch an sich erlaubte und andere Klagen nicht begründende Dispositionen über sein Eigenthum Schaden stiftet, — ganz auf den vorliegenden Fall paßt, und daß endlich

c) ein ganz ähnliches Beispiel, wie das vorliegende, in der vom Kläger zur vermeintlichen Nachweisung einer Eigenthumsbeschränkung angezogenen l. 24 i. f. Dig. 39, 2 bedacht ist, wo es heißt: „si tamen tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit, damni infecti stipulatio committetur".

Nr. III.

Der Anspanner Gottlieb Köhler in Oberlödla, seit dem 31. Aug. 1835 Besitzer des väterlichen Anspannguts, welcher schon seit dem 20. September 1837 gegen den Anspanner Abraham Müller in Wiesenmühle wegen allzutiefen Eingrabens von Seiten des Letzteren an der Grenze ihrer unmittelbar aneinanderstoßenden beiderseitigen,

Digitized by Google

auch von Beiden zur Torfgräberei benutzten Feldgrundstücke, und dadurch verursachten Erdeinsturzes mit einer Entschädigungsklage beim herzogl. Kreisamte zu Altenburg aufgetreten war, und welchem der gedachte Müller vorzüglich die Einrede,

daß ihm keine Klage zustehe, weil er sich vorher keine cautio damni infecti habe bestellen lassen,

entgegengesetzt hatte, reichte am 5. Januar 1838 ein anderweites Gesuch gegen Müller beim Amte ein, worin er bat:

Ew. Wohlgeboren wollen sobald als thunlich dem Imploraten Müller die sofortige Bestellung einer baaren Caution von 200 Thlr. oder wie hoch solche sonst eintretenden Falls von Ew. Wohlgeboren erachtet werden sollte, in der Maße aufzugeben die Gewogenheit haben, daß derselbe dadurch zum Ersatz jedes mir durch sein jetziges Vorhaben etwa zu verursachenden Schadens unbedingt verbunden ist.

Auf dieses Gesuch fügte das Kreisamt, nachdem es vorher den Imploranten Köhler den Calumnieneid hatte ableisten lassen, in der Weise, daß es dem Imploraten Müller mittelst einer am 16. Januar 1838 insinuirten Zufertigung aufgab:

die geforderte Caution auf 200 Thlr. binnen 14tägiger Frist, welche vom Zugange dieses an beginnt, zu leisten, und somit den Imploranten Köhler hinsichtlich der künftigen Vergütung des von ihm befürchteten Schadens sicher zu stellen.

Auf erfolgte Appellation des Imploraten ging am 10. März 1838 folgendes Rescript des Herzogl. Landes-Justiz-Collegii (in Altenburg) ein:

— Ist es nun allerdings bis jetzt der Rechtsdoktrin noch nicht gelungen, die Stellen des römischen Rechts über die cautio de damno infecto, an welche bei Ermangelung partikularrechtlicher Bestimmungen die Richterbehörden hiesiger Lande noch heut zu Tage gewiesen sind, allenthalben aufzuklären und in Einklang zu bringen, so ist doch jedenfalls zunächst so viel gewiß, daß hierbei von den Formen des ordentlichen Prozesses gänzlich abzusehen sei, daß sogar die bloße Ableistung eines Gefährdeeids von Seiten des Impetranten genüge, um die richterliche Auferlegung einer cautio de damno infecto überhaupt zu rechtfertigen.

Die angesehensten Rechtslehrer sind in diesem Punkte, gestützt auf

l. 7 pr. l. 13 §. 3 De de damno infecto

einverstanden. — In so weit können wir also der von dem Herzogl. Kreisamte in der vorliegenden Angelegenheit ausgesprochenen und befolgten Ansicht unsere entschiedene Billigung nicht versagen.

Vollkommen richtig ist die in dem Berichte des Herzogl. Kreisam-

Digitized by Google

tes entwickelte Ansicht, daß der Zweck jener durch das prätorische Recht eingeführten cautio de damno infecto, in so weit solche der Eigenthümer eines angrenzenden Grundstückes wegen des letztern bestellt hat, darin bestehe, für diesen einen Rechtsgrund zu gewinnen, auf welchen er sich stützen könne, um bei später wirklich erfolgter Beschädigung seines Grundstücks einen Indemnisationsanspruch geltend zu machen, welchen ihm außerdem das strengere Civilrecht versagt haben würde.

Diesen Rechtsgrund soll ein von dem Eigenthümer des Schaden drohenden Werkes abzulegendes Versprechen an die Hand geben, daß der Schaden, wenn und in wie weit er sich wirklich ereignet, dem Beschädigten ersetzt werden solle.

l. 7 D. eodem.

Daß dieses Versprechen aber in der Regel eine nuda promissio d. h. ein ohne Gewährung irgend einer realen Sicherheitsbestellung gemachtes eventuelles Angelöbniß sein solle, darüber kann bei dem Inhalte der unzweideutigsten Gesetzstellen,

l. 1 D. de stipulationibus praetoriis (46, 5)

und bei der einstimmigen Meinung bewährter Rechtslehrer

Thibaut, System des Pand.-R. 5. Ausg. §. 587,

Haenel über den Schadensersatz §. 66,

C. G. Schmidt, Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 1233.

nicht gezweifelt werden. —

In der That genügt auch eine Caution dieser Art, um dem angedeuteten Hauptzwecke des Instituts zu entsprechen; und es würde auch außerdem nicht zu erklären sein, daß die Gesetze zur Begründung eines derartigen Cautionsgesuchs keineswegs einen Beweis der von dem Impetranten diesfalls angeführten Thatsachen, sondern lediglich einen von demselben abzulegenden Calumnieneid erheischen. —

Sollte jene Caution in etwa Mehrerem bestehen, als in einem bloßen seiner rechtlichen Wirksamkeit nach von der Existenz und dem Beweise der vom Gegentheil diesfalls behaupteten resp. gefürchteten Ereignisse abhängigen, und entgegengesetzten Falls völlig unnachtheiligen Versprechen, so würden die Gesetze den Richter nicht ermuthigt haben, sofort nach Ableistung des Gefährdeeides Seiten des Impetranten und ohne rechtliches Gehör des Impetraten mithin unter Beiseitesetzung eines wesentlichen Prozeßbestandtheils diesen zur Bestellung der fraglichen Caution anzuhalten. —"

No. IV.

C. R. in K. überreichte im December 1853 bei dem Königl. Appellationsgericht zu Dresden eine gegen den Staatsfiskus im Kö-

Digitized by Google

nigreich Sachsen gerichtete Klage, in welcher er im Wesentlichen Folgendes anführte:

Er besitze zu K. ein Haus, welches nur 32, resp. 31 Ellen von der Eisenbahn entfernt sei. Dieses Haus sei im Jahre 1810 durchaus massiv aufgebaut worden und habe auch die Hochfluthen der Elbe in den Jahren 1830 und 1845, ohne irgend welchen Schaden zu erleiden, ausgehalten, seit dem Jahre 1850 jedoch, wo die sächsisch-böhmische Eisenbahn in Gang gesetzt sei und täglich 10—12 Züge die Bahn passirten, habe dasselbe durch die dadurch hervorgerufene heftige Erschütterung bedeutenden Schaden erlitten und drohe sogar mit der Zeit ganz einzustürzen.

Demgemäß verlangt Kläger in seinem Klagpetitum Schadensersatz vom Fiskus für den ihm an seinem Grundstück bereits zugefügten Schaden, sowie Bestellung einer cautio damni infecti.

Beklagter bestritt in der Einlassung zunächst seine Verbindlichkeit zu Leistung von Schadensersatz überhaupt in einem Falle, wie vorliegender, und leugnete sodann noch, daß Klägers Grundstück durch die Erschütterung, welche durch das Befahren der Eisenbahn hervorgerufen würde, Schaden gelitten hätte und überhaupt leiden könnte.

Hierauf ergingen in dieser Sache folgende drei Erkenntnisse:

I. Urthel des Königl. Appellationsgerichts zu Dresden:

„Hiernächst, die Hauptsache anlangend, bewendet es bei den Zugeständnissen Beklagtens beim 50sten, 52sten und 54sten Einlassungspunkte, sowie bei dessen Erklärung über die Klagbeilage A Bl. —, und ist im Uebrigen Kläger den Grund seiner Klage, und soviel ihm davon verneint, binnen sächsischer Frist, Beklagtem der Gegenbeweis und die Gewissensrührung, auch beiden Theilen andere Rechtszuständigkeiten vorbehältlich, wie Recht zu erweisen schuldig, worauf ferner in der Sache ergeht, was Recht ist ꝛc.“

Entscheidungsgründe:

Soviel die Hauptsache betrifft, so beruht die vorliegende Klage auf der Behauptung, daß das Klägerm gehörige, zu K. gelegene Haus durch die auf der in der Nähe desselben vorbeiführenden sächsisch-böhmischen Staatseisenbahn hin- und hergehenden Wagenzüge bereits mannigfache Beschädigungen erlitten habe, dergleichen auch noch ferner von dem Betriebe der besagten Eisenbahn zu befürchten seien, und es hat Kläger deshalb theils Ersatz jener angeblich bereits verursachten Schäden, theils die Bestellung einer cautio damni infecti von dem Staatsfiskus verlangt. Beklagter aber stützt seinen Widerspruch gegen die erhobene Klage auf das dem Staatsfiskus zustehende

Digitized by Google

Recht, sowohl zur Erbauung, als zur Befahrung der ermeldeten Eisenbahn, indem er daraus vermöge des Bl. — angeführten, in l. 151 D. de reg. jur. (50, 17) ausgesprochenen Rechtsgrundsatzes, welcher gemeiniglich auch so ausgedrückt wird: qui jure suo utitur, nemini facit injuriam, den Schluß zieht, daß von einem Schaden, zu dessen Ersatz der Staatsfiskus in der fraglichen Hinsicht dem Kläger verpflichtet sein solle, gar keine Rede sein könne.

Allein mit jenem Grundsatze kann sich Beklagter gegen die vorliegende Klage um deswillen nicht schützen, weil solcher nach römischem Rechte, namentlich auch in Beziehung auf die Ausübung des Eigenthumsrechtes an Grundstücken insofern eine Beschränkung erleidet, als derjenige, welcher, wenn auch zufolge eines ihm unbestritten zustehenden Rechtes, auf einem Grundstück etwas vornimmt, wodurch dem Besitzer eines benachbarten Grundstücks ein positiver Schaden zugefügt wird, letzterem diesen Schaden zu ersetzen verbunden ist.

l. 8 §. 6. l. 17 §. 2 D. si servit. vindic. (8, 5),
l. 24 §. 12 D. de damn. inf. (39, 2),
l. 1 §. 4 D. de aqua (39, 3).

Und diese aus der natürlichen Billigkeit entsprungene Beschränkung des oben erwähnten Grundsatzes leidet auch noch heutzutage Anwendung.

Vergl. Curtius, Handbuch, Thl. 3 Abtheil. 1 S. 136 Zusatz zu §. 1160. 3. Ausgabe.
Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. von 1841 S. 155 ff. und 157 ff., von 1851 S. 236, von 1852 S. 75.

Auf derselben Beschränkung des Eigenthumsrechts beruht aber auch die cautio damni infecti des römischen Rechts.

Hesse, die cautio damni infecti, 2. Aufl. (Leipz. 1838) S. 10.
Reinhard im Arch. für die civ. Praxis, B. 30 S. 216 ff.

Daß nun in dem vorliegenden Falle Kläger sich über eine Unternehmung von Seiten des beklagten Staatsfiskus beschwert, durch welche ihm ein positiver Schaden an seinem Hause angerichtet worden sei, und daß er daher, wenn er die Wahrheit seiner Behauptungen zu erweisen vermag, berechtigt sei, theils Ersatz jenes Schadens, theils auch Sicherstellung wegen der ihm von der besagten Unternehmung künftig drohenden Schäden von Beklagtem zu verlangen, erscheint nach Obigem unzweifelhaft. Denn hat auch die Art und Weise der Beschädigung, wie sie hier vorliegen würde, in den römischen Gesetzen noch keine Berücksichtigung finden können, da zur Zeit der Entstehung der letzteren von Unternehmungen, wie die fragliche, noch nichts bekannt war, so fehlt es doch in selbigen keineswegs an Beispielen von einem Nachbargrundstücke nachtheiligen Unternehmun-

Digitized by Google

gen eines Grundbesitzers, welche mit derjenigen, durch welche gegenwärtiger Kläger benachtheiligt zu sein behauptet, so große Aehnlichkeit haben, daß es unbedenklich erscheint, dasjenige, was diese Gesetze über die ersteren bestimmen, auch auf die letzteren anzuwenden. Dahin gehören namentlich die in

l. 18 D. de servit. praed. urb. (8, 2),
l. 8 §. 5. l. 17 §. 2 D. si servit. vind. (8, 5),
l. 24 §. 12 fin. D. de damn. inf. (39, 2)

erwähnten Fälle. Und wenn in der angeführten l. 8 §. 5 D. si servit. vind. (8, 5) die Regel gegeben wird: in suo alicui hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum imittat, so kann es keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß diese Regel auch auf den gegenwärtigen Fall Anwendung leiden müsse, wenn man erwägt, daß auch hier nach der Darstellung Klägers von einer immissio in alienum die Rede sein würde, indem derselbe behauptet, daß die auf der Eisenbahn durch das Fahren der Züge entstehende Erschütterung sich bis in sein Grundstück erstrecke.

Kann nun nach Vorstehendem als ausgemacht angesehen werden, daß Kläger, wenn er den behaupteten schädlichen Einfluß des Eisenbahnbetriebes auf sein Haus zu erweisen vermöchte, zu einem diesfallsigen Anspruch an den beklagten Staatsfiskus, als Eigenthümern der Eisenbahn, für dessen Rechnung der Betrieb geht, berechtigt sein würde, so muß nun die weitere Frage entstehen, welche Rechtsmittel demselben zur Verfolgung dieses Anspruchs zustehen, den er theils auf Ersatz der ihm angeblich bereits verursachten, theils auf Sicherheitsleistung wegen der noch künftig zu befürchtenden Schäden gerichtet hat.

Was die bereits entstandenen Schäden anlangt, so kann hier von der streitigen Frage abgesehn werden, ob nach heutigem Rechte in Fällen, welche den Beschädigten zu einer Klage auf Bestellung einer cautio damni infecti berechtigen würden, demselben eine Klage auf Schadensersatz auch ohne vorherige Bestellung einer solchen Caution zustehe, welche Frage, besonders noch mit Beziehung auf

l. 15 §. ult. D. de damn., inf.

von manchen Rechtslehrern

vergl. Müller, promtuar. jur. Vol. II p. 437,
Höpfner, Commentar, §. 824 Anm. 4, 7. Aufl.

bejaht, während sie von anderen

vergl. Reinhard a. a. O. S. 246 (?)

verneint wird. Es erscheint nämlich zweifellos, daß hier, wo von einer behaupteten, aus dem Betriebe der Eisenbahn folgenden, fortdauernden Erschütterung des dem Kläger gehörigen Grundes und

Digitized by Google

Bodens und des darauf stehenden Hauses, mithin von einer von der Eisenbahn her fortwährend auf das Grundstück Klägers direkt einwirkenden Belästigung die Rede ist, demselben deshalb die Negatorienklage zustehen muß (?),

l. 13 §. 1. l. 8 §. 5 D. servit. vind. (8, 5),

Reinhard a. a. O. S. 241,

Sintenis, Civilr. B. 1 S. 522 Anm. 56,

welche mit auf den Ersatz der verursachten Schäden gerichtet werden kann,

Reinhard a. a. O.,

Sintenis a. a. O. S. 524.

Soviel nun aber diejenigen Schäden betrifft, welche Kläger von dem fraglichen Eisenbahnbetriebe künftig noch für sein Haus fürchten zu müssen glaubt, und weshalb derselbe die Bestellung einer cautio damni infecti von Beklagtem verlangt hat, so muß, den Beweis der thatsächlichen Behauptungen Klägers vorausgesetzt, auch dieser Anspruch als vollkommen begründet betrachtet werden. Denn wenn, wie oben bemerkt ist, der vorliegende Fall mit mehreren in den römischen Gesetzen erwähnten Fällen, in welchen, wie die bereits mehrfach angeführten Schriftsteller

Hesse und Reinhard a. a. O.

nachgewiesen haben, den Bedrohten das Recht gegeben wurde, eine cautio damni infecti zu verlangen, die größte Aehnlichkeit hat, wenn ferner, wie namentlich

Reinhard a. a. O. S. 244

mit Recht annimmt, die Verpflichtung zur Cautionsleistung ob damnum infectum auch da überall erkannt worden ist, wo Jemand ob damnum jam factum mit Ersatz belangt wurde, wenn es endlich gemeinrechtlich,

vergl. Hesse a. a. O. S. 133 ff.,

Reinhard a. a. O. S. 246,

sowie nach der Praxis, wie sie in dieser Beziehung in den sächsischen Landen sich vorlängst gestaltet hat,

vergl. Berger, Oec. lib. III tit. 14 th. 3 not. 9,

— ed. Winckl. p. 646

keinem Zweifel unterliegen kann, daß die Grundsätze von der cautio damni infecti auch heutzutage Anwendung finden, so folgt, daß auch gegenwärtigem Kläger, wenn sein Anführen, daß seinem Hause von dem Betriebe der sächsisch-böhmischen Eisenbahn her noch ferner Gefahr drohe, gegründet ist, das Recht zustehen muß, deshalb eine cautio damni infecti von Beklagtem zu verlangen, wogegen letzteren auch das Anführen, daß der Staatsfiskus semper locuples sei, um deswillen

Digitized by Google

nicht zu schützen vermag, weil bekanntlich die cautio damni infecti in der Regel nicht durch Pfand oder Bürgen oder überhaupt in der Eigenschaft einer sogenannten Realcaution zu leisten ist, sondern nur in einem wörtlichen Angelöbnisse besteht, von welchem auch der Fiskus für befreit nicht erachtet werden kann.

II. Urthel des Königl. Appellationsgerichts zu Leipzig:

„Die Hauptsache anlangend, ist es bei dem Bl. — befindlichen, am 27. Januar 1855 publicirten Urthel auf die eingewendete Läuterung allenthalben nicht zu lassen, vielmehr hat das Suchen Klägers in der angebrachten Maße nicht Statt, es werden jedoch die in erster Instanz erwachsenen Kosten sowohl, als die Kosten der Läuterungsinstanz unter den Parteien aufgehoben.

Entscheidungsgründe:

Das von dem Kläger in Anspruch genommene Recht auf Entschädigung, beziehentlich Sicherstellung, ist in der erhobenen Klage weder auf ein Vertragsverhältniß, noch auf eine obligatio ex facto illicito gegründet.

Das rechtliche Fundament der erhobenen Klage ist daher lediglich in denjenigen Rechtsgrundsätzen zu erblicken, welche auch dann, wenn der Handelnde nur sein Recht in völlig erlaubter Weise ausgeübt hat, eine Entschädigungspflicht rücksichtlich der daraus für den Dritten entstehenden Nachtheile unter Umständen annehmen.

In dem Resultate dieser Beurtheilung hat man aber der ersten Instanz beizutreten nicht vermocht. Es soll nicht bestritten werden, daß die in den Quellen des römischen Rechtes, namentlich in der Lehre de damno infecto, mehrfach vorkommenden Fälle der Haftung desjenigen, welcher durch eine an sich erlaubte, den Kreis seines Rechtes nicht überschreitende Handlung einem Andern Schaden verursacht hat oder doch zu verursachen droht, nicht ein abgeschlossenes festbegrenztes System bilden, sondern eben nur als einzelne Ausflüsse des Principes, auf welchem dasselbe beruht, zu betrachten sind, und deshalb auch für andere, in den Quellen nicht ausdrücklich erwähnte Fälle eine Analogie an die Hand geben können. Allein jedenfalls ist eine solche Analogie mit um so größerer Vorsicht anzuwenden, als sie auf eine Beschränkung wohlbegründeter Rechte hinauskommt, und mit dem unbestrittenen, allgemeinen Grundsatze in Widerspruch tritt, daß derjenige, welcher sein Recht ausübt, an sich dadurch kein Unrecht begeht, mithin für die daraus Andern erwachsenden Nachtheile nicht zu stehen braucht.

(l. 151. l. 155 §. 2 De de div. reg. jur.
l. 26 D. de damn. inf.)

Digitized by Google

Nun erscheinen aber die Bedingungen, unter welchen das Römische Recht die cautio damni infecti zunächst und gewöhnlich zuläßt, — vitium aedium, loci sive operis (cf. l. 19 §. 1. l. 15 §. 3. l. 20. l. 24 §. 2. 12 D. de damn. inf.) — in dem gegenwärtigen Falle dem oben Bemerkten zufolge nicht vorhanden, die Existenz einer schadenbringenden Fehlerhaftigkeit ist weder in Beziehung auf die Beschaffenheit des Bauwerkes, noch rücksichtlich der Art seines Gebrauches in der Klage angeführt.

Ansprechender erscheint die Analogie des hauptsächlich geltend gemachten speciellen Falles in l. 8 §. 5 D. si serv. vind., in welcher Ulpian die immissio fumi e taberna casearia in superiora aedificia ohne besonderes Dienstbarkeitsrecht für unerlaubt erklärt, und dabei als Grundsatz ausspricht, in suo alicui hactenus facere licere, quatenus nihil in alienum immittat. Uebereinstimmend mit diesem Principe werden in derselben Gesetzstelle das Brechen und Schlagen von Steinen in der Art, daß die Bruchstücke auf den benachbarten fundus fallen, nicht minder in l. 17 §. 2 tit. cit. die neben der Nachbarwand errichtete Düngergrube, sofern sie dieser Wand Feuchtigkeit mittheilt, desgleichen l. 18 D. de serv. praed. urb. die an dem Nachbargebäude angebrachten, demselben schädlichen Wasserröhren, und in l. 1 §. 4 D. de aqu. et aqu. pluv. die Anlegung von Wasserfurchen, welche den Acker des Nachbars deterioriren, und zwar hier mit dem besondern Motive: sic debere quem meliorem agrum suum facere, ne vicini deteriorem faciat, als Anlagen bezeichnet, welche der Nachbar sich nicht gefallen zu lassen braucht, sondern durch die actio negatoria oder aquae pluviae arcendae actio abwenden kann. Allein wollte man auch dahingestellt sein lassen, ob nicht hierbei, wie in l. 18 D. de serv. praed. urb. angedeutet ist, eine directe unbefugte Benutzung des nachbarlichen Eigenthums durch die Construktion der Anlage vorausgesetzt werde, so erscheint doch allenthalben das gemeinsame Merkmal der immissio in alienum fundum nur in der Anwendung auf unmittelbare Zuführung körperlicher Gegenstände, als Wasser, Steine, Rauch u. s. w., während in dem concreten Falle eine derartige Immission keineswegs stattfindet, sondern die von dem Beklagten auf seinem Grund und Boden vorgenommene Arbeit diesen in eine Bewegung versetzt, welche nach physikalischen Gesetzen den anliegenden Grundstücken sich mittheilen, und so des Klägers Haus mittelbar benachtheiligen soll, ohne daß von dem fundus des Beklagten aus irgend ein corpus dem Hause Klägers zugeführt wird. Für einen Fall dieser Art erscheint die Analogie der vorerwähnten Fälle um so weniger zuzutreffend, als die Quellen nicht nur bei der Aquilischen Klage,

(l. 57 D. loc. cond.)

Digitized by Google

sondern auch bei der Verbindlichkeit aus der cautio damni infecti (l. 24 §. 3 D. de damn. inf.) das damnum extrinsecus contingens von dem zu präſtirenden Schaden unterſcheiden und rückſichtlich des Erſteren nur unter etwaigen beſondern Vertragsverhältniſſen die Contractsklage zulaſſen.

Die Unanwendbarkeit der in voriger Entſcheidung angezogenen römiſch-rechtlichen Beſtimmungen auf den vorliegenden Fall läßt ſich aber nach der Anſicht der gegenwärtigen Inſtanz noch entſcheidender aus dem Principe herleiten, auf welchem jene Dispoſitionen beruhen.

Das Rechtsinſtitut der cautio damni infecti verdankt ſeine Entſtehung bekanntlich dem Principe der aequitas, welche den Prätor veranlaßte, mit Hülfe deſſelben die Lücken des Civilrechtes, wo dieſelben zu Härten und Bedrückungen Einzelner führten und eine ſchleunige Hülfe nothwendig erſchien,

(l. 1 D. de damn. inf.)

auszufüllen. Auch die übrigen oben erwähnten Fälle ſind auf das Streben der römiſchen Juriſten zurückzuführen, das Recht des Eigenthümers ungeachtet aller ſeiner weitgreifenden Bedeutung, deren Anerkennung ſie ſich nicht entziehen konnten und wollten, mit dem Rechte Dritter, ſo weit ſolches durch unbeſchränkte Ausübung jenes bedroht wird, in billiger Weiſe zu vereinigen, und ſo die Colliſion beider auszugleichen. Der Geſichtspunkt der Billigkeit hat aber die gegen den Beklagten erhobene Klage keineswegs für, ſondern entſchieden gegen ſich, wenn man erwägt, daß der Staatsfiskus des Königreichs Sachſens bei dem Betriebe der ſächſiſch-böhmiſchen Eiſenbahn nur in der Eigenſchaft eines Rechtsſubjektes erſcheint, welches eine Branche der Perſonen- und Güterbeförderung in gleicher Weiſe, wie andere phyſiſche Perſonen und Corporationen gewerbmäßig betreibt, und inſoweit anderen privaten Rechtsinhabern völlig gleichſteht. Seine Befugniß zu dieſem Betriebe gründet ſich auf die ihm hierzu von der geſetzgebenden Gewalt ertheilte Ermächtigung, welche bekanntlich landesverfaſſungsmäßig hierzu unerläßlich iſt.

Angenommen daher, daß der Gebrauch, welchen der Beklagte von der ihm ertheilten Conceſſion macht, obſchon er ſich ſtreng in den Grenzen der letzteren hält, dem Kläger Schaden verurſache, ſo gebricht es doch an jedem Rechtsgrunde, wegen dieſes Schadens den Conceſſionar verantwortlich zu machen, welcher die angeblich ſchadenbringende Handlung auf Grund vorgängiger Prüfung des projectirten Unternehmens und unter ausdrücklicher Autoriſation Seiten der Staatsgewalt ausübt, übrigens nach den eigenthümlichen Verhältniſſen, welche durch die Ueberlaſſung der Eiſenbahnbeförderung an eine gewiſſe moraliſche oder phyſiſche Perſon in Rückſicht auf öffentliche Zwecke und das allgemeine Wohl hervorgerufen werden, vorausſetzlich nicht einmal in der Lage iſt, durch

Digitized by Google

Unterlassung des als schadenbringend bezeichneten Faktums den daraus abgeleiteten Ansprüchen sich wenigstens für die Zukunft entziehen zu können. Daß in einem solchen Falle selbst das Römische Recht eine für den Beschädigten sprechende, das Recht des unabsichtlichen Beschädigers überwiegende Rücksicht der Billigkeit keineswegs gelten lassen könne, lehren die gesetzlichen Vorschriften über den Wegfall der aquae pluviae arcendae actio in Bezug auf solche opera, quae principis aut senatus jussu s. publica auctoritate facta sunt (l. 23 pr. l. 2 §. 3 D. de aqu. et aqu. pluv.) — Vorschriften, welche offenbar von der Voraussetzung ausgehen, daß in diesen Fällen nicht derjenige, welcher das factum damnosum ausübt, sondern die öffentliche Auctorität, von welcher der Anlaß dazu ausgeht, als Urheber des Schadens zu betrachten ist, mithin der letztere eben so wie der durch vis major verursachte Schade unter den Begriff des damnum extrinsecus contingens fällt.

Ob gleichwohl gegen den Staat deshalb, weil er durch die zu der Erbauung und dem Betriebe der sächsisch-böhmischen Bahn ertheilte Concession Veranlasser des Schadens geworden ist, ein Schädenanspruch Klägers begründet sein würde, kann gegenwärtig auf sich beruhen.

III. Urthel des Königl. Oberappellationsgerichts zu Dresden (v. J. 1857):

„Daß es nicht bei sothanem Urthel (zweiter Instanz), sondern bei dem Bl. — zu lesenden Erkenntnisse erster Instanz zu lassen, und werden die durch das eingewendete Rechtsmittel verursachten Unkosten unter beiden Theilen gegen einander aufgehoben:

Entscheidungsgründe:

Soviel nämlich — — —

zu 1) den allgemeinen Grundsatz betrifft, so enthält zwar die l. 151 D. de reg. jur. den Ausspruch: nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet. Allein darum handelt es sich, wie weit das facere jus habere sich erstrecke? Die l. 27 §. 9 D. ad. leg. Aquil. sagt auch: qui recte ignem subjecit, non peccavit, und erklärt denjenigen für verpflichtet zum Schadensersatz, welcher nicht verhinderte, daß das Feuer auch das Nachbarhaus ergriff. Die l. 1 §. 4 D. de aqu. et aqu. pluv. stellt die Regel: sic debere quem meliorem agrum suum facere, ne vicini deteriorem faciat, als eine allgemeine Rechtsregel und nicht blos als einen Satz hin, welcher die Wasserfurchen betrifft. Uebereinstimmend damit sagt derselbe Jurist (Ulpian) in §. 11 desselben Fragments: prodesse sibi unusquisque, dum alii non noceat, non prohibetur.

Digitized by Google

Derselbe bemerkt zwar auch in l. 24 §. 4 ult. D. de damn. inf.: non existimari operis mei vitio damnum tibi dari in ea re, in qua jure meo usus sum; allein er fügt sofort die weiter unten näher zu erwähnende bedeutungsvolle Einschränkung hinzu: si tamen tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit, damni infecti stipulatio committetur. Die l. 155 D. de reg. jur. äußert sich in §. 1 (nicht §. 3) dahin: non videtur vim facere, qui jure suo utitur; allein die gleich darauf folgenden Worte: et ordinaria actione experitur, zeigen deutlich an, daß hier nur von der gerichtlichen Rechtsverfolgung die Rede sei. Diese Stelle ist aus dem 65sten Buche des Paulus ad edictum genommen, in welchem derselbe, wie auch l. 2 und l. 9 D. de vi, und l. 2 D. uti possid. beweisen, von den Interdikten handelt, sie bezieht sich daher nur auf diese Art der Rechtsvertheidigung. Hätte sie eine allgemeine Bedeutung, so würde man mit gleichem Grunde das principium derselben: factum cuique suum, non adversario nocere debet, für das Gegentheil anziehen, und in dem Sinne verstehen können, daß jede nachtheilige Handlung nur ihren eigenen Urheber zu treffen habe.

Zu 2) Sehr richtig ist in den vorigen Gründen gesagt, daß die cautio damni infecti nur zunächst und gewöhnlich eine vitiositas aedium, loci seu operis voraussetze. Dies schließt also nicht aus, daß auch Ausnahmen vorkommen können, wie sie denn in der l. 24 §. ult. cit. und in l. 8 §. 5 D. si servit. vindic. wirklich vorkommen, indem das Graben auf eignem Grund und Boden an und für sich auf ganz zweckmäßige Weise geschehen, und das Eindringen eines belästigenden Rauches ebenfalls in Folge eines ganz regelmäßigen Betriebs der Fabrik, welche den Rauch erzeugt, stattfinden kann. Es ist daher nicht nöthig, bei diesem Punkte noch länger zu verweilen.

Zu 3) Wenn in den angeführten wenigen Pandektenfragmenten von Fällen die Rede ist, wo ein körperlicher Gegenstand in das Nachbargrundstück hinübertritt, so ist daraus keineswegs mit Sicherheit zu folgern, daß blos in diesen Fällen ein Schädensanspruch stattfinde. Dies anzunehmen, würde mit der aufgestellten ganz richtigen Ansicht sich nicht vereinigen lassen, „daß die in den Quellen des römischen Rechts, namentlich in der Lehre de damno infecto, mehrfach vorkommenden Fälle der Haftung desjenigen, welcher durch eine an sich erlaubte, den Kreis seines Rechts nicht überschreitende Handlung einem Andern Schaden verursacht hat, oder doch zu verursachen droht, nicht ein abgeschlossenes, festbegrenztes System bilden, sondern nur als einzelne Ausflüsse des Prinzips, auf welchem dasselbe beruht, zu betrachten sind, und deshalb auch für andere, in den Quellen nicht ausdrücklich erwähnte Fälle eine Analogie an die Hand geben können." — Es ist auch wirklich kein

Digitized by Google

ausreichender Grund in der Natur der Sache zu finden, warum z. B. Rauch einer andern Beurtheilung unterliegen solle, als eine Kraft, welche vom Menschen erzeugt wird und den angrenzenden Grundstücken mit verderblicher Wirkung sich mittheilt. Ob die eine oder die andere Wirkung mit unmittelbar sichtbaren Erscheinungen begleitet ist, kann für die rechtlichen Folgen nicht wesentlich sein. Zum Ueberfluß kommt hier noch die mehrfach angezogene l. 24 §. ult. D. de damn. inf. in Betrachtung. Denn wenn durch das Brunnengraben des A. auf seinem Grundstücke die Spannung des Erdbodens aufgehoben wird, welche zeither die Fundamente der angrenzenden Mauer des B. im Gleichgewicht hielt, so ist es ebenfalls eine nur in ihren Wirkungen sichtbare Störung faktischer Verhältnisse, bei welcher die Grenze des Eigenthums mit irgend einem Körper nicht überschritten wird, und doch soll der A. für diesen Schaden zu haften verbunden sein.

Nach diesen Grundsätzen ist auch bereits seither erkannt worden. Es ist in allen Fällen auch wohl zu unterscheiden, ob dem Nachbar blos ein Vortheil, welchen er genoß, entzogen, oder, wie in dem vorliegenden Falle, ein positiver Schaden zugefügt wird:

l. 26 D. de damn. inf.: „multum interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur."

Endlich

zu 5) die angezogenen Gesetzstellen l. 2 §. 3 und l. 23 pr. D. de aqu. et aqu. pluv. handeln, auch wenn man sie auf die heutigen staatsrechtlichen Verhältnisse für anwendbar erachten will, doch nur von Fällen, wo aus polizeilichen Gründen oder sonst lediglich im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt Baue nothwendig werden. Diese Voraussetzung kann aber im vorliegenden Falle nicht zu Grunde gelegt werden, da, wie die zweite Instanz ausdrücklich bemerkt,

„der Staatsfiskus des Königreichs Sachsen bei dem Betriebe der sächsisch-böhmischen Eisenbahn nur in der Eigenschaft eines Rechtssubjektes erscheint, welches eine Branche der Personen- und Güterbeförderung in gleicher Weise, wie andere physische Personen und Corporationen gewerbmäßig betreibt, und insoweit andern privaten Rechtsinhabern völlig gleichsteht."

Hierbei ist aber überhaupt das besondere Verhältniß der Eisenbahnen mit in Erwägung zu ziehen. Ist auch in gegenwärtigem Falle von keiner Abtretung die Rede, und daher das Expropriationsgesetz vom 3. Juli 1835 (verbunden mit der Verordnung vom 4. Mai 1844) in seinen einzelnen Bestimmungen darauf nicht anzuwenden, so geht doch aus dem Geiste dieses Gesetzes offenbar der Wille des Gesetzgebers hervor, daß durch Anlage und Betrieb der Eisenbahnen das Privateigen-

Digitized by Google

thum, welches durch dieſelben berührt wird, nicht beſchädigt, oder der Schade, wo ein ſolcher unvermeidlich iſt, vollſtändig vergütet werde. Dahin zielt auch die Vorſchrift in §. 20 der Ausführungsverordnung vom 3. Juli 1835, nach welcher vorübergehende Schäden, welche während des Baues einer Eiſenbahn den anſtoßenden Grundſtücken zugefügt werden, vergütet werden ſollen. Gilt dies von vorübergehenden Schäden, ſo muß es aus gleichem Grunde auf fortdauernde angewendet werden, welche der Betrieb verurſacht; über dieſe enthält das Geſetz nur darum keine beſondere Beſtimmung, weil man damals die Erfahrungen noch nicht gemacht hatte, welche ſeitdem gemacht worden ſind. Dieſe Rechtsanſicht iſt auch der Billigkeit gemäß, welche verlangt, daß Eiſenbahnen, als neue gewerbliche und gewinnbringende Unternehmungen, dem Privateigenthum anderer Perſonen wenigſtens keinen poſitiven Schaden zufügen dürfen.

Die Inhaber der Eiſenbahnen ſelbſt verlangen mit Recht, über die Grenzen ihres expropriirten Grund und Bodens hinaus, Beſchränkungen der Freiheit des Eigenthums, wo es ſich um die Sicherheit der Bahn handelt, und ſo kann z. B., wie dieſer Fall ſchon vorgekommen iſt, der Beſitzer eines unterirdiſchen Braun- und Steinkohlenlagers, welcher mit dem Abbau deſſelben einer Eiſenbahn zu nahe kommt, genöthigt werden, daſſelbe bis auf eine gewiſſe Entfernung unverletzt ſtehen zu laſſen, damit die Fundamente der Bahn nicht gefährdet werden. Wenn nun Kläger gegen die Nachtheile, welche durch das Befahren der ſächſiſch-böhmiſchen Eiſenbahn wegen der damit verbundenen Erſchütterung ſeinem Hauſe angeblich zugefügt werden, rechtlichen Schutz ſucht, ſo kann er zwar deshalb das Befahren ſelbſt nicht hindern, wohl aber Vergütung der erlittenen Beſchädigungen verlangen.

No. V.

Die an dem E.-Fluſſe liegende Wieſe des Klägers war bei der großen Ueberſchwemmung im Spätjahr 1824 unter anderm dadurch ſtark beſchädigt worden, daß das aus den herrſchaftlichen Holzgründen zu B. und B. von dem Strom fortgeriſſene Holz auf jene Wieſe geſchwemmt wurde. Die Staatsfinanzverwaltung weigerte ſich, dieſen unmittelbar durch die Gewalt des Waſſers zugefügten Schaden zu erſetzen. Es hatte auch die von dem Wieſenbeſitzer erhobene Entſchädigungsklage keinen Erfolg.

Vorzüglich kommt hierbei in Betracht

Fr. 9 §. 1 de damno (39, 2), vgl. mit §. 3 deſſelben Fragments und Fr. 8 de incendio (47, 9).

Die Entſcheidungen in §. 1 und 3 des angeführten Fr. 9 ſind offenbar verſchieden. Denn nach dem erſteren können die Eigenthümer

Digitized by Google

der von der Gewalt des Flusses in fremde Gebäude fortgetriebenen Sachen nicht gehindert werden, ihr Eigenthum wieder an sich zu ziehen, wenn sie Sicherheit wegen des damnum infectum d. h. wegen desjenigen Schadens leisten, welcher erst durch die Zurücknahme der Sachen dem Eigenthümer des Gebäudes zugefügt. Nach dem §. 3 hingegen kann ein von der Gewalt des Flusses auf fremdes Gut fortgetriebenes Schiff nicht anders zurückgefordert werden, als wenn der Eigenthümer des Schiffes auch de damno praeterito d. h. wegen Erstattung des schon durch das Hinschwemmen des Schiffes entstandenen Schadens Sicherheit leistet. ..... Die Verschiedenheit der Entscheidungen ist auffallend ..... Wie der §. 3 gefaßt ist, enthält er eine offenbare Abweichung von einer allgemeinen Rechtsregel, und kann deswegen insbesondere wegen des Widerspruchs mit §. 1 nicht auf andere Fälle ausgedehnt werden. Denn

1) ist es ein unzweifelhafter Grundsatz, daß jeder Eigenthümer den sein Eigenthum treffenden zufälligen Schaden zu leiden hat. Eben so unzweifelhaft ist es,

2) daß der in Frage stehende Schaden ein zufälliger ist; denn selbst wenn der Beklagten ein Vorwurf darüber gemacht werden könnte, daß sie ihre Holzgärten nicht mit mehr Vorsicht angelegt habe, so muß doch erwogen werden, daß (was im §. 1 ganz bestimmt, im §. 3 wenigstens nicht eben so ausdrücklich vorausgesetzt wird) der wahre Grund des Schadens eine ganz außerordentliche Ueberschwemmung und der Umstand war, daß durch die Beute, welche der Fluß schon von dem oberen E.-Thal mit sich führte, Alles, was er in seinem Laufe berührte, auch im untern E.-Thal fortgerissen wurde.

3) Die Gesetze räumen zwar dem Nachbar ein Retentionsrecht an den Baumaterialien ein, wenn ein nahestehendes Gebäude auf sein Gut einstürzte.

Fr. 7 §. 12 de damn. inf. (39, 2).

Allein Gebäude stürzen in der Regel nicht ein, ohne daß den Eigenthümer selbst ein Vorwurf dabei trifft.

4) In dem Falle, wenn durch die Gewalt des Windes und Wassers die Ankertaue eines Schiffes reißen und das Schiff durch Anprallen an ein anderes dieses beschädigt, hat der Eigenthümer des ersteren keine Art der Entschädigungsklage.

Fr. 29 §. 3 ad. leg. Aquil. (9, 2).

. . . . . .

5) Auch das oben erwähnte Fr. 9 §. 3 giebt dem Eigenthümer von Grund und Boden kein Klagrecht, sondern nur ein Retentionsrecht. Der Kläger hätte daher vor der Zurückgabe des Holzes eine cautio de praeterito fordern können, das Holz nicht vor Erlangung dieser Sicher-

Digitized by Google

heit (nämlich da der Fiskus von Realcautionen frei, einer Zusicherung der Erstattung des erlittenen Schadens) an die Beklagte herausgeben sollen. . . .

Erk. des Obertribunals zu Stuttgart vom 19. März 1827.

No. VI.

An dem Hausgarten des A. befindet sich eine mit der Nachbarin, der Stadtgemeinde G., gemeinschaftliche Mauer. Als die Stadt ein neues Schulhaus auf ihrem Eigenthume errichten ließ, wurde das an die Mauer stoßende Gärtchen der Stadt um mehrere Fuß tiefer und dadurch die fragliche Mauer blosgelegt, so daß sie sich nach dem städtischen Eigenthume hinneigte. Auf Anordnung der Polizeibehörde mußte sie von A. unterstützt und sollte abgetragen werden. A. klagte deshalb gegen die Stadt und verlangte von dieser, daß sie die fragliche Mauer auf ihre alleinigen Kosten wieder in dauerhaften Zustand herzustellen, und ihm die bereits gehabten Auslagen und den entstehenden Schaden zu ersetzen habe. Die Beklagte gab für diesen Prozeß das Miteigenthum des A. an der fraglichen Mauer zu, behauptete aber, daß, da der Kläger unterlassen habe, zu rechter Zeit cautio de damno infecto zu verlangen, nach Fr. 24 §. 12 de damno infecto (39, 2) eine Klage nicht statthaft sei.

In der zweiten Instanz wurde angenommen, daß, wenn auch in der Regel die Klage nur im Falle verlangter Caution stattfinde, dies doch bei gemeinschaftlichem Eigenthume eine Ausnahme leide, indem der eine Miteigenthümer in näherer Verbindung zu dem andern stehe und daher auch ohne Cautionsleistung zum Schadensersatze verbunden sei.

Bei Prüfung der Sache in der dritten Instanz verwarf man diese Ansicht, weil sich die betreffenden Gesetzesstellen:

Fr. 3 pr. Fr. 6 §. 2. Fr. 10 pr. Fr. 20 pr. Fr. commun. divid. (14, 3); C. 4 eod. (3, 37) und §. 3. 4. Inst. de oblig. qu. ex. contr. (3, 28)

auf den Fall, daß die res communis selbst direkt durch positive Handlungen des Theilhabers beschädigt werde, daher ein damnum injuria datum vorliege und die actio ex lege Aquilia konkurrire, beziehen ließen;

vgl. Fr. 47 §. 1 pro socio (17, 2);

Fr. 8 §. 2 commun. divid. (10, 3).

Das Fr. 24 §. 12 de damno inf. diene hiernach im Fragefalle zur Richtschnur; jede andere Klage, als die aus der cautio damni infecti, sei ausgeschlossen, namentlich auch die aquilische Klage, weil sonst nicht von der Nothwendigkeit vorgängiger Cautionsleistung hätte die Rede sein können. Die cautio de damno infecto erscheine nur

Digitized by Google

als ein subsidiäres, zur Einleitung eines außerordentlichen Verfahrens geeignetes Rechtsmittel, woraus umgekehrt folge, daß, wenn die Gesetze den Fall für geeignet zu einer cautio de damno infecto erklären, hierdurch die Unzulässigkeit eines andern Rechtsmittels anerkannt werde.

No. VII.

Abgesehen von dem Wasser unterirdischer Quellen, welches nicht durch eigenen Trieb sich über die Erdoberfläche erhebt und fortdauernd abfließt, sondern nur durch mechanische Mittel über solche Oberfläche heraufgebracht werden muß, und dessen Eigenthum unzweifelhaft dem Herrn des Grund und Bodens zusteht, ist allerdings auch das Wasser derjenigen Quellen, welche auf der Erdoberfläche zu Tage ausgehen und einen Wasserlauf bilden, nach übereinstimmender Ansicht der Rechtsgelehrten so lange unleugbares und alleiniges Eigenthum des Grundbesitzers, als solches nicht dessen Grund und Boden verläßt.

Vgl. Funke, Beiträge zum Wasserrechte im Archiv für civ. Praxis Bd. 15 S. 287 fl.

Kori, ebend. Bd. 18 S. 40.

Ob hingegen, wenn letzteres einmal, während eines langen Zeitraumes, fortgesetzt erfolgt ist, schon blos hierdurch, ohne Hinzutritt besonderer kontraktlicher Verhältnisse oder solcher Thatsachen, welche zu Begründung einer Verjährung zu Gunsten des unterhalb liegenden Grundstücksbesitzers geeignet sind, ein Recht dieses nähern oder entfernteren Grundnachbars, welchem bisher der Wasserabfluß zugegangen, für begründet erachtet werden könne, auch ferner die Ueberlassung dieses Wassers von Seiten des Eigenthümers der Quelle zu verlangen und denselben zu dieser Ueberlassung rechtlich zu zwingen? darüber haben sich die Ansichten verschiedentlich gestaltet. —

Als Hauptgrundsatz ist wohl festzuhalten, daß der bloße ungeregelte, nach der Beschaffenheit des Ortes, ohne bestimmtes Ufer und Bette erfolgte Abfluß eines Quellwassers keineswegs für geeignet zu achten, die Eigenthumsrechte des Quellenbesitzers den unterhalb anliegenden Grundbesitzern gegenüber zu verändern. Wenn jedoch lange Zeit hindurch das auf einem Privatgrundstücke entspringende Quellwasser in künstlich angelegten Kanälen, oder wenigstens in einem bestimmten, durch die Gewalt des Wassers nach und nach gebildeten Graben zwischen Grundstücken fremder Besitzer hindurch geflossen und von diesen mehr oder weniger benützt worden, so ist alsdann anzunehmen, daß in der gleichförmigen Beachtung dieses Sachverhältnisses der Gesammtwille der Interessenten sich ausgesprochen habe, und daher nunmehr der status quo selbst eine Rechtsnorm bilde, gegen welche vom Eigenthümer der Quelle zum Nachtheile der Adjacenten nicht gehandelt werden dürfe.

Digitized by Google

Wochenbl. f. merkwürdige Rechtsfälle 1846 Nr. 2 S. 12. 13.
Seuffert, Archiv Bd. 2 Nr. 8.

Note. Das OAG. zu Dresden erkannte 1840: Bei Benutzung fremder Quellen muß — sofern der Berechtigte während der Verjährungszeit seinen Bedarf an Koch-, Back- und Trinkwasser bezog, — der Eigenthümer ungeschmälert durch eignes Bedürfniß solches dem Ersteren überlassen.

Glück, P. Bd. 10 S. 181.
Thibaut, System §. 650 und 654.
Wochenbl. f. Rechtsf. 1840 S. 193.

No. VIII.

Das interdictum quod vi aut clam setzt voraus, daß irgend ein opus, sei es auf eigenem,

l. 15 pr. D. quod vi aut clam 43. 24.

sei es auf fremdem Grunde und Boden vi aut clam gemacht,

l. 1 §. 4. l. 7 §. 5. 9. 10.
l. 9. l. 11 pr. §. 1. l. 22 §. 1 eod.

und dadurch der bisherige Zustand bleibend verändert ist.

l. 22 §. 3 D. eod.

Mit der Einrede, zu dieser Handlung berechtigt gewesen zu sein, wird der Beklagte nicht gehört,

l. 1 §. 2 eod.

und für vi factum gilt dasjenige opus, welches gegen den Widerspruch dessen, der dabei ein Interesse hat,

l. 1 §. 5. 7 D. eod.
l. 73 §. 2 D. de reg. jur.,

errichtet, für clam factum aber dasjenige, welches mit Verheimlichung vor dem Betheiligten, selbst dasjenige, welches unter Umständen vorgenommen ist, wo man vernünftiger Weise Widerspruch erwarten konnte, und gleichwohl keine Anzeige machte; so daß die Unterlassung der Denunciation für eine supina negligentia, welche auch sonst nicht entschuldigt,

l. 3. l. 6. l. 9 §. 2 D. de jur. et fact. ignor. 22, 6.

und dem dolus, dem absichtlichen Verheimlichen gleich geachtet wird,

l. 3 §. 7. 8. l. 4. 5 pr. §. 1—6. D. h. t.

gilt.

Der Eigenthümer ist allerdings berechtigt, über seine Sache frei zu verfügen, wenn gleich dadurch ein Anderer folgeweise beeinträchtigt, oder diesem ein bisher faktisch genossener Vortheil entzogen wird, ein Satz, der sowohl im Allgemeinen,

l. 151 D. de reg. jur. 50, 17.

Digitized by Google

als auch in einzelnen Anwendungen,

l. 9. 41 §. 1 D. de serv. pr. urb. 9, 2.

l. 8. 9. C. de serv. 3, 34.

gesetzlich anerkannt wird, und von welchem nur wenige Ausnahmen stattfinden.

Dirksen, in der Zeitschr. f. geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 2 Nr. 16 S. 405 ꝛc.

Allein der Eigenthümer ist verpflichtet, bei den vorzunehmenden Dispositionen innerhalb der Grenzen seines Eigenthums sich zu halten, keineswegs aber befugt, diese überschreitend auf das Eigenthum des Andern direkt einzuwirken,

l. 2 §. 11 D. de aqua pluv. 39, 3.

insofern er nicht die Berechtigung dazu durch speziellen Rechtstitel erlangt hat. Somit ist es dem Eigenthümer zwar unverwehrt, das Wasser, welches über sein Grundstück fließt, zurückzuhalten und es dem Besitzer des niedriger liegenden Grundstücks zu entziehen,

l. 1 §. 11. 22 D. eod. 39, 2.

l. 10. C. de serv. 3, 34.

und auf seinem Boden die unterirdischen Wasserzüge und Adern, die auf dem Grundstücke des Nachbars sich ergießen, abzugraben,

l. 1 §. 12. l. 21 D. de aqua pluv. 39, 3.

l. 24 §. 12. l. 26 D. de damn. inf.

Dagegen darf er keine Veränderungen in dem natürlichen Ablaufe des Wassers zum positiven Nachtheile des Nachbars vornehmen. Es ist dem Eigenthümer des höher liegenden Grundstücks nicht gestattet, dem Nachbar das Wasser in einem Strome vereinigt zuzuschicken, corrivare aquam,

l. 1 §. 1. 8. 10. 13. 22. l. 3 pr. D. de aqua pl.

und der Eigenthümer des niedriger liegenden Grundstücks hat nicht das Recht, dem natürlichen Zuflusse durch Anlagen, welche ein Zurückströmen verursachen, Hindernisse in den Weg zu legen, in superiorem partem repellere,

l. 1 §. 1. 2. 6. 10. l. 2 §. 1. 6 D. eod.

folglich ist der Eigenthümer des niedriger liegenden Grundstücks nicht befugt, eine Quelle, welche auf seinem Grundstücke zu Tage kommt, zu verstopfen oder zu verrammen und dadurch den natürlichen Ausfluß hindernd, dem Wasser eine dem Nachbar schädliche Richtung zu geben und dasselbe in das nächste Grundstück gewaltsam zurückzutreiben.

l. 1 §. 2 D. eod.

Die Grundsätze sind zwar ursprünglich nur für die aqua, quae imbre crescit und für agros gegeben, allein nicht auf diese Fälle zu beschränken, indem die Gesetze in Fällen, wo einem Gebäude durch im-

Digitized by Google

missio des Wassers Schaden geschieht, auf den Gebrauch der Servitutenklage als der allgemeinen Rechtsmittel hinweisen.

Archiv Bd. 3 S. 64. 75. 76.

l. 1 §. 17. 19. 20 D. eod.

l. 8 §. 5. l. 17 §. 2 D. si serv. vind. 8, 5.

Kein Nachbar ist aber auf der andern Seite verpflichtet, besondere Vorrichtungen zur Ableitung des Wassers zu halten, wenn nicht besondere Rechtstitel oder vetustas, welche die Stelle eines solchen vertritt, vorliegt.

l. 1 §. 23. 24. l. 2 pr. §. 1. 3—7. l. 23 pr. 26 h. t.

(Erkenntniß des L.G. zu Wolffenbüttel v. 25. Febr. 1824 in Sachen Bleie contra Sonnenkalb.)

No. IX.

Da

1) nach den übereinstimmenden Erklärungen der Parteien das fragliche Wasser nicht wie regelmäßig fließendes (flumen perenne), sondern nur bei Regen und Schneewetter vorhanden, also sogenanntes wildes Wasser ist;

2) der Vertrag, welchen der Kläger mit der Gemeinde Derenthal als Inhaberin einer Gemeindewiese am 14. Juni 1834 über die Benutzung dieses Wassers geschlossen haben will, Dritten, also auch dem Beklagten gegenüber, der rechtlichen Wirksamkeit ermangelt, ferner

3) der Umstand, daß der Kläger das zeither seiner Wiese von der Dorfstraße her zufließende Wasser zur Bewässerung verwandte, den Besitz einer Servitut an dem Grundstücke des Beklagten nicht darlegt, sondern nur als ein an sich zufälliger Vortheil anzusehn, wenigstens in der vorgetragenen Weise nicht geeignet ist, ein bestimmtes individuelles Rechtsverhältniß zwischen den Grundstücken des Klägers und Beklagten zu begründen, und dadurch dem letzteren Beschränkungen seiner Eigenthumsrechte aufzuerlegen; hiernächst

4) auch die allgemeinen nachbarrechtlichen Verpflichtungen, soweit davon im vorliegenden Falle die Rede sein kann,

l. 3 §. 3 de aqua et aquae pluviae arcendae 39, 3

den klägerischen Anspruch nicht unterstützen, indem der höher liegende Nachbar zwar Vorrichtungen, wodurch der Ablauf des Wassers für das tiefer liegende Grundstück schädlicher wird, unterlassen muß, dagegen mit Beobachtung dieser Schranke über den Ablauf des wilden Wassers, obschon dasselbe dem unteren Grundstücke Nutzen brachte, frei verfügen und dessen Richtung beliebig verändern darf,

l. 1 §. 21. l. c. (39, 3),

l. 26 de damno inf. 39, 2;

Digitized by Google

da endlich

5) die unbestrittene Thatsache:

das fragliche Wasser fließe die Dorfstraße entlang in einem zu dieser gehörigen Abzugsgraben,

dem Kläger allerdings die Befugniß geben würde, dem Beklagten die Errichtung eines Dammes in der Dorfstraße, also in loco publico, zu untersagen, wenn und in soweit des Klägers Sonderinteressen dabei betheiligt sind,

l. 2 pr. §. 2, 10 et 11 ne quid in loco publico vel itinere fiat 43, 8,

ohne daß jedoch nach bereits aufgeworfenem Damme dessen Wegnahme gefordert werden könnte, indem das erwähnte, den Anliegern zum Schutze ihrer Einzelinteressen zustehende Rechtsmittel (interdictum ne quid in loco publico vel itinere fiat) nur prohibitorisch, nicht aber restitutorisch ist,

l. 2 §. 1, 17, 18. l. c. (43, 8),

l. 3 §. 3 de aqua et aquae pluviae arcendae 29, 3,

besondere Thatsachen, auf welche sich eine Verpflichtung zur Wegräumung des Dammes stützen ließe, z. B. rechtswidrige oder heimliche Errichtung des Werkes,

l. 20 §. 5 quod vi aut clam 43, 34

von dem Kläger nicht behauptet sind, und ohne solche besondere Thatsachen wegen schädlicher Vorrichtungen der bezeichneten Art den Privatpersonen nur ein Anspruch auf Cautionsleistung gemeinrechtlich eingeräumt ist,

l. 1 pr. §. 1. l. 24 de damno inf. 39, 2

in Erwägung,

daß hiernach die erhobene Klage in der angebrachten Maße zu verwerfen war und das kreisgerichtliche Erkenntniß dem Antrage des Beklagten gemäß abzuändern ist. . . (Erkenntniß des Herzogl. Obergerichts zu Wolffenbüttel v. 12. Febr. 1853 in Sachen Tubbenhauer c. Hageborn.)

No. X.

Wenn der Abfluß des Regen- und Schneewassers, welchen die natürliche Lage der Grundstücke mit sich bringt, eine Beschädigung am Grundeigenthum des Nachbarn verursacht, so kann doch dieser nicht verlangen, daß der Angrenzer, von dessen Grund und Boden das Wasser abfließt, den Schaden durch geeignete Anlagen abwende. Bei Anwendung dieses Grundsatzes macht es keinen Unterschied, daß der Schaden durch den natürlichen Wasserabfluß nicht einem ager, sondern einem Gebäude zusteht. Insbesondere kann die actio nega-

Digitized by Google

toria dem Eigenthümer des Gebäudes nicht dazu dienen, den Nachbar zur Abwendung des beschädigenden natürlichen Wasserabflusses anzuhalten. Die Zulassung des natürlichen Wasserabflusses ist kein Eingriff in das Eigenthumsgebiet des Nachbarn, keine Anmaßung einer Beschränkung seiner Eigenthumsrechte; nur wenn der schädliche Wasserfluß die Folge eines opus manufactum wäre, nur wenn ein wirkliches immittere stattfände, würde sich der hierdurch in seiner Eigenthumssphäre Angegriffene zu dem bezeichneten Zwecke der (zum Schutze des Eigenthums gegebenen) actio negatoria bedienen können. (O.A.G. zu Zerbst 1842. Habicht, Erört. B. I S. 518.)

No. XI.

Schon die bloße Anlage eines neuen Werkes, welches dem Nachbar in seinen Folgen schädlich zu werden droht, begründet für letzteren, auch ehe der Schade wirklich geschehen ist, die actio aquae pluviae arcendae alsdann, wenn dem Regenwasser durch die neue Anlage eine ungewöhnliche und für des Nachbars Grundstücke (Gebäude ausgenommen) nachtheilige Richtung gegeben wird.

Fr. 1 §. 1 et 17. Fr. 24 §. 2 de aqua et aquae pluviae arcend. actio 39, 3,

Schneider in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 5 S. 336 ff.

Droht hingegen die nachtheilige Richtung des Regenwassers, welche durch eine neue unbefugte Anlage bewirkt wird, dem Gebäude des Nachbars, so steht diesem, analog der actio aquae pluviae arcendae bei andern Grundstücken, die actio negatoria zu gleichem Zweck, wie jene, zu.

Fr. 1 §. 17 eod. tit.

Westphal, de libertate et servitut. praedior. §. 440 not. 391 b.

(Oberapp.-Gericht zu Jena, 28. Oktob. 1834 in Sachen Hüttich c. Hüttich.)

No. XII.

Die actio aquae pluviae arcendae geht überhaupt darauf, daß einem anliegenden Grundstücke durch das Regen- und Schneewasser nicht mehr, als die Gesetze bestimmen, Schaden zugefügt werden soll. Ob dieser Schaden durch Verhinderung des Abflusses des Wassers, mittelst Errichtung eines opus, oder durch bewirkte allzuheftige Ergießung desselben erfolgt, mittelst Zerstörung oder Hinwegräumung von Vorrichtungen, die schon von altersher bestanden haben, — Aufwürfe oder Gräben, — und durch welche der Lauf des

Digitized by Google

Regenwassers eine gewisse Direktion erhalten hatte, macht keinen Unterschied. Sie geht also nicht blos auf Destruirung eines errichteten, den natürlichen Wasserlauf aufhaltenden opus, sondern auch auf Wiederherstellung eines zu meinem Vortheil vorhanden gewesenen opus vetustum. Ob ein solches opus eine Erhöhung oder Vertiefung sei, macht hierbei nach

Fr. 2 §. 4 de aqua et aquae pluviae arcendae actio (39, 3)

keinen Unterschied . . . . Diese Grundsätze finden ihre Begründung in mehreren Stellen des römischen Rechts.

Vergl. Fr. 1 §. 22. Fr. 3 §. 2 eod. mit

Fr. 1 §. 11 de oper. nov. nunt. (39, 1).

Daß, abgesehen von Servituten, auch ein von altersher bestehendes opus oder fossa — verbunden mit der natura loci — zum Fundamente bei Anstellung der actio aquae pluviae arcendae dient, geht aus

Fr. 1 §. 23. Fr. 2 pr. §. 2. Fr. 26 h. t.

vergl. mit

Fr. 10 de serv. et aqua (8, 5) (?)

hervor. Zwar will Cassius in

Fr. 2 §. 3 h. t.

die vetustas von der actio aquae pluv. arcendae ausschließen; allein Paulus verbessert in

Fr. 2 §. 5 h. t.

die Ansicht des Cassius und gestattet die Klage als actio utilis. Von Wichtigkeit für die Anwendbarkeit der vetustas in Streitigkeiten über das Wasserrecht sind ferner

Const. 6 et 7 de serv. et aqua (3, 24).

Wird nun auch in der ersteren hauptsächlich von einer Quelle, und in der letzteren von der Bewässerung eines Grundstücks gesprochen, so wird doch in beiden Gesetzen statuta consuetudinis forma, vetus mos und vetus forma, als Norm bei Entscheidung von Wasserrechtsstreitigkeiten festgestellt, ohne daß dabei des Erfordernisses von Besitzhandlungen, wie bei Servituten gedacht wird. In gleicher Weise sprechen sich

Cap. 26 X de verb. signif. und

Cap. 19 de consuet. in Vlto, sowie

Const. 2 Cod. Theodos. de longi temp. praescr. (4, 13)

aus. — Was den Zeitraum betrifft, welcher zur Annahme der vetustas erforderlich ist, so scheinen zwar

Fr. 2 §. 1 und Fr. 7 h. t. und

Cap. 26 X de verb. signif.

Digitized by Google

auf eine unvordenkliche Verjährung hinzuweisen. Vergleicht man aber andere Stellen:

Fr. 2 §. 8 h. t.,
Const. ult. de longi temp. praeser. (7, 22) und
Const. 2 Cod. Theod. eod. (4, 13),

so ergiebt sich das Resultat, daß für die vetustas kein bestimmter Zeitraum gesetzlich festgesetzt ist, sondern das Ermessen des Richters eintreten muß. Dieser kann den landesüblichen Zeitraum der Servitutenverjährung zum Haltepunkte nehmen, indem das Verhältniß, um welches es sich bei der actio aquae pluviae arcendae handelt, in den Gesetzen

Fr. 1 §. 23 h. t.

mit dem einer Servitut verglichen wird. — Nach diesen Grundsätzen ist von dem O.A.G. zu Dresden erkannt worden.

(Kritz, Sammlung v. Rechtsf. B. 3 S. 54 ff.)

No. XIII.

Durch stattgefundenen Uferdurchbruch auf des Beklagten Wiese war der Umstand herbeigeführt, daß nunmehr das in dem Elsterstrome gelegene, dem Kläger zugehörige Wehr das Wasser nicht mehr aufhielt, und das Wasser des Stromes nicht mehr in den Mühlgraben des Klägers drängte. Weil der Erblasser des Beklagten unterlassen haben soll, die Ufer des an seiner Wiese vorbeifließenden Elsterstromes in gehörigem Stande zu halten, wurde gegen diesen Klage auf Schadloshaltung für den zugegangenen Nachtheil erhoben. Die Motive des die Klage abweisenden oberstrichterlichen Erkenntnisses sagen unter Andern:

Nach gemeinrechtlichen Grundsätzen kann, ohne den Hinzutritt ganz besonderer Umstände, der Eigenthümer eines an ein fließendes Wasser angrenzenden Grundstücks von dem Besitzer des gegenüberliegenden Grundstücks nicht genöthigt werden, auf seinem Grundstücke Wasserbauten vorzunehmen, Wasserbeschädigungen an seinem Ufer auszubessern oder Vorkehrungen an seinem Grundstücke zu treffen, damit Uferabrisse nicht entstehen. Dessen Verbindlichkeit in dieser Beziehung besteht lediglich darin, daß er dem Eigenthümer des gegenüberliegenden Grundstücks, oder überhaupt den Eigenthümern der durch Wasserfluthen bedrohten Grundstücke gestattet, selbst auf ihre eigenen Kosten durch Ausbesserung der beschädigten Ufer oder durch sonstige, ohne seinen eigenen Nachtheil zu treffende Vorkehrungen ihre Grundstücke vor der drohenden Gefahr zu schützen. . . . . Vorkehrungen zu treffen, damit des Klägers Wehr seinen Zweck erfülle, dazu sind Beklagte an sich auf keinen Fall verpflichtet, vielmehr würde ihnen allerhöchstens die Verbindlichkeit obliegen, dem Kläger die Beseitigung des obwaltenden Uebelstandes auf ihren Grundstücken zu gestatten.

Digitized by Google

Durch den Umstand, daß Kläger oder dessen Vorbesitzer ein Wehr in den Elsterstrom eingebaut haben, kann weder die ursprüngliche Verbindlichkeit der Beklagten vergrößert werden, noch auch dadurch eine neue, früher nicht vorhandene Verpflichtung entstehen. . . .

Erkenntniß des O.A.G. zu Dresden v. Jahre 1848. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. 9 H. 2 S. 171 ff.

Seuffert, Arch. Bd. 4 Nr. 6.

No. XIV.

In den Motiven eines Erkenntnisses des O.A.G. zu München, resp. in den genehmigten Gründen des bestätigten zweitrichterlichen Erkenntnisses (Arends, Sammlung interessanter Erkenntnisse, Heft 2 S. 195—201) finden sich in Ansehung der Frage, ob der Staat die Anlieger der öffentlichen Flüsse durch Uferbauten zu schützen verbunden, folgende Sätze:

1) Das römische Recht zählt schiffbare Flüsse zu den öffentlichen Sachen, deren Benützung Jedermann vom Volke oder jedem Angehörigen des Staates vergönnt war, den Boden der Ufer derselben hingegen zu dem Eigenthum der Besitzer der anstoßenden Grundstücke jedoch auch mit der Beschränkung, daß ebenfalls ihr der Lage an dem Flusse angemessener Gebrauch Andern gestattet werden mußte.

§. 4 Inst. de rer. divis. (2, 1),

Fr. 5 Cod. (1, 8),

Fr. 30 §. 1 de rer. acqu. dom. (41, 1.)

2) Das deutsche Staatsrecht behält zwar das Eigenthum schiffbarer Flüsse dem Staate selbst als ein Landeshoheitsrecht oder Regal zur Beförderung des allgemeinen Wohles, insbesondere der Schifffahrt und des dadurch betriebenen Handels vor, erlaubt daher Privatpersonen den Gebrauch des Flusses auf keine andere Weise als die, welche die eigentliche Bestimmung desselben nicht hindert, und durch Verfügungen des Staats allgemein (wie der Schifffahrt) oder speziell (wie die Anlegung von Mühlen oder andern Werken) verwilligt wird. Es wurde aber

3) dadurch der Grundsatz des römischen Rechts, daß die Ufer ein Theil der daran liegenden Felder sind, um so weniger aufgehoben, als derselbe, da die Ufer mit den Grundstücken zusammenhängen, in der Natur der Sache fußt. Aus diesem Grundsatze folgt, daß den Eigenthümern der an den Fluß grenzenden Grundstücke zunächst die Sorge obliegt, die dazu gehörigen Ufer zu befestigen, um ihr Eigenthum gegen Zerstörung oder Minderung zu sichern.

Fr. un. de ripa munienda (43, 15),

Vergl. Const. 2 de immun. nemini conced. (10, 25).

Digitized by Google

Ihnen wächst dagegen auch zu, was allenfalls der Fluß an Erdreich nächst ihren Feldern ansetzt.

4) der Staat, welcher den Fluß selbst als ein Regal und hierzu auch die Ufer benützt, bedient sich hiermit seines Rechtes und fügt dadurch Niemand ein Unrecht zu. Der Klagegrund, daß der Fluß ein Eigenthum des Staates ist, kann daher nicht genügen, eine Verbindlichkeit zu bewirken, auf Kosten des Staatsärars die Ufer gegen den natürlichen Andrang des Flusses und den dadurch entstandenen Schaden von Privat- oder Gemeindeeigenthum zu versichern, wenn er den natürlichen Lauf des Flusses weder verstärkt noch hemmt.

Fr. 24 pr. de damno inf. (39, 2).

5) Ein Anerkenntniß dieser Verbindlichkeit ist auch nicht aus dem Art. 113 des Wiener Congressschlußaktes vom 9. Juni 1815, nach welchem jedem Staate die Unterhaltung der Leinpfade und Besorgung der für ungehinderte Schifffahrt nöthigen Arbeiten obliegt, zu schöpfen, indem durch diese Uebereinkunft die deutschen Staaten wechselseitig sich zur Begünstigung des allgemeinen Handels und Wandels die Vermeidung aller Störung der Schifffahrt zusagten, aber die Verhältnisse zwischen einem Staate und seinen Angehörigen unter sich keineswegs berührt wurden, also auch nicht ausgesprochen worden ist, daß auf Kosten des Staatsärars die Ufer befestigt werden müßten.

Das Aerar des Staates hat nicht die Bestimmung, und es würde ungeeignet sein, das einzelne Privat- und Gemeindeeigenthum gegen die Gewalt der Elemente zu wahren und ihre Verheerungen zu verhüten. Der staatsrechtliche Grundsatz, daß der Staat jedem Einwohner Sicherheit seines Eigenthums gewähre, verspricht nur den Schutz gegen äußere Angriffe, und rechtliche Hilfe gegen Beeinträchtigung durch Handlungen des Staates selbst oder Anderer. Eine Verbindlichkeit des Staates zu schützenden Uferbauten wird

7) auch nicht durch den Umstand begründet, daß etwa einzelne Anlieger deswegen ihr Eigenthum zu schützen nicht im Stande sind, weil der Fluß oberhalb ihrer Besitzungen einen unregelmäßigen Lauf genommen hat. (Eine andere Frage ist es, ob nicht in solchen Fällen die von gemeinsamer Gefahr Bedrohten verpflichtet seien, zur Abwendung zusammenzuwirken, und in wiefern die Verwaltungsbehörde einzuschreiten habe, um die Concurrenz zu veranlassen, zu regeln und zu leiten).

(Seuffert, Archiv B. 1 Nr. 2).

No. XV.

a) Ein Fluß, der bei gehäuftem Wasser eine Zeitlang aus seinen

Digitized by Google

Ufern zu treten pflegt, kann aus diesem Grunde allein für einen torrens im Sinne des

Fr. 2 §. 9 de aqua et aquae pluviae arcendae (39, 3) nicht angesehn werden.

b) Auf eine zum Schutze von Grundstücken gegen das Eindringen des Regenwassers unternommene Dammanlage paßt der Begriff einer solchen Anlage nicht, welche, wie die Gesetze anführen, zur Bestellung des Ackers oder zur Erzielung von Getreide und sonstigen Früchten (agri colendi, frugum fructuumque recipiendorum causa — Fr. 1 §. 15 eod.) errichtet ist.

Erkenntniß des O.A.G. zu Celle, 1848, in Sachen der Domänenkammer c. die Stadt Hildesheim.)

No. XVI.

1) Sofern die vorgenommene Veränderung im Laufe des Wassers, welches durch Regen gebildet wird, oder auf welches der Regen Einfluß hat,

l. 1 pr. §. 15, 16 D. de aqua et aqu. pluv. 39, 3 einem Gebäude schadet, findet nicht die actio aqu. pluv. arc. — eine speziell zum Schutze eines ager gegebene Klage — sondern die Servitutenklage als allgemeines Rechtsmittel statt,

l. 1 §. 17 D. eod.;

allein der ager bezeichnet in der gesetzlichen Sprache

l. 27 pr. l. 115. l. 211 D. de verb. sign.

einen jeden auf dem Lande befindlichen Platz, der mit einem Gebäude nicht versehen ist, ist also nicht nothwendig ein fruchttragendes, oder zur Erzielung von Früchten bestimmtes Grundstück. Es sind daher auch die Hofräume auf Bauerhöfen unter dem ager mit begriffen. (††)

2) Wenn zur Ableitung des Wassers ein Graben von Alters her vorhanden war, so vertritt die vetustas die Stelle der Auctorität der Obrigkeit und hindert die willkürliche Aenderung. Die Zerstörung eines solchen Grabens gehört daher in den Bereich der actio aquae pluviae arcendae, mittelst der die Herstellung des früheren Zustandes gefordert wird.

l. 1 §. 22. 23. l. 2 pr. §. 1. 3—7.

l. 26 D. h. t. (39, 3)

Mit der auf einen solchen Graben sich beziehenden Belastung geht das Grundstück auf die folgenden Besitzer über, welche dieselbe anerkennen müssen und nicht berechtigt sind, den Abfluß des Wassers aus dem Graben zu verhindern.

l. 28 §. 1. 3 D. de aquir. dom. 41, 1.

l. 23 §. 2 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

l. 2 §. 10 D. h. t. 39, 3.

Digitized by Google

3) Die actio aquae pluviae arcendae fällt nur alsdann hinweg, wenn die dem Nachbar schädliche Anlage zur Kultur des Ackers erforderlich war.

l. 1 §. 3. 4. 5. 7. 8 D. 39, 3.

Dahin gehören Wasserfurchen, sulci aquarii, elices, porcae.

l. 1 §. 9. l. 24 pr. D. eod.

Die Errichtung eines Gebäudes aber, das nicht zur Gewinnung von Früchten, sondern zur Aufbewahrung gewonnener Früchte bestimmt ist, kann zu jenen Anlagen nicht gerechnet werden.

4) ist ein solches Stallgebäude unter den Augen und mit Duldung des Gegners geschehen, so macht diese patientia (falls diese nicht überhaupt von einer ausdrücklichen Einwilligung zu verstehen ist) die actio aquae pluviae arcendae auch dann nicht verwerflich, wenn der Nachbar über die Schädlichkeit des Werkes, die sich wenigstens erst in der Folge zeigt, sich im Irrthume befand.

l. 19. 20. l. 9 §. 1 D. h. t.

l. 28 D. comm. divid. 10, 3.

5) Der nach der litis contestatio erwachsene Schaden ist von dem unterliegenden Beklagten zu erstatten.

(Erkenntniß des L.G. zu Wolffenbüttel v. 29. April 1833 in Sachen Lachmund c. Mumme.)

No. XVII.

Das römische Recht unterscheidet sehr bestimmt die Verbindlichkeiten, welche dem Eigenthümer bei natürlichen Privatflüssen in Beziehung auf die Unterhaltung und Reinigung derselben obliegen, von denjenigen, welche in gleicher Beziehung bei künstlich angelegten Gräben und Kanälen Platz greifen. Ueber letztere spricht sich

Fr. 2 §. 4 de aqu. pluv. arc. (39, 3)

ganz deutlich aus: „Apud Atejum relatum est, eam fossam, ex qua ad inferiorem fundum aqua descendit, cogendum esse vicinum purgare, sive extet fossae memoria, sive non extet; quod et ipse (nämlich Paulus) puto probandum."

Hiernach ist es dem gemeinen Rechte zufolge außer Zweifel, daß bei künstlich angelegten Gräben und Kanälen dem Grundeigenthümer die Pflicht der Reinigung obliege. Ueber die Verbindlichkeiten hingegen, welche dem Grundbesitzer in Beziehung auf die Reinigung der natürlichen Flüsse gegen die Nachbarn obliegen, sagt Paulus in

Fr. 2 §. 6 eod.:

„Apud Namusam relatum est, si aqua fluens iter suum stercore obstruxerit et ex restagnatione superiori agro noceat, posse cum inferiori agi ut sinat purgari."

Digitized by Google

Er bemerkt sodann, daß zwar andere Rechtslehrer in diesem Falle dem oberhalb gelegenen Grundbesitzer das Recht nicht zustehen wollten, von dem unterhalb liegenden zu verlangen, daß derselbe ihm die Reinigung auf seinem Grund und Boden gestatte, fügt aber hinzu, daß gleichwohl die Billigkeit dafür spreche: sed nos etiam in hunc casum aequitatem admisimus. Auf gleiche Weise wird in

Fr. 1 §. 23 eod.

des Falles gedacht, wo ein Damm, welcher den Austritt des Wassers aus einem Flusse verhindert, durch die Gewalt des Wassers zerstört worden, und den Nachbarn eine Ueberschwemmung verursacht hat. In diesem Falle sollen die durch die Ueberschwemmung betroffenen Nachbarn zwar nicht das Recht haben, von dem Grundeigenthümer die Wiederherstellung des Dammes zu fordern, wohl aber verlangen können, daß er ihnen diese Herstellung gestatte. Die römisch-rechtliche Unterscheidung zwischen natürlichen Privatflüssen und künstlichen Gräben und Kanälen ist auch in der Natur der Sache begründet. Bei ersteren tritt die Regel in Anwendung, daß (abgesehen von besonderen Obligationsgründen) Niemand verpflichtet sei, etwas zu leisten, was einem Andern zum Vortheil gereicht; daß vielmehr die natürliche Verbindlichkeit sich darauf beschränke, es zu gestatten, daß der Nachbar die nur ihm zum Vortheil gereichende Reinigung des Flusses auf seine eigenen Kosten auf fremdem Grund und Boden vornehme. Anders verhält sich die Sache, wenn der Wasserlauf, welcher gereinigt werden soll, durch die Kunst angelegt ist. Es muß hier als Regel vorausgesetzt werden, daß der betreffende Grundeigenthümer selbst in seinem Interesse den Graben gezogen hat. Ist es nun aber ein allgemeiner Grundsatz, daß keine Veränderung des allgemeinen Wasserlaufs vorgenommen werden darf, welche den Nachbarn zum Nachtheil gereicht, so führt auf solche Weise auch die durch den Grundeigenthümer erfolgte Anlegung des neuen Grabens für ihn die Pflicht gegen die Nachbarn herbei, diese Anlage in solchem Zustande zu erhalten, daß sie den Nachbarn nicht nachtheilig werde.

Diese Sätze finden sich in den Motiven eines Berliner Obertribunals-Plenarbeschlusses vom 9. April 1844, in welchem es sich um Feststellung richtiger Anwendung der §§. 99 und 100 Tit. 8 Th. I des preuß. L.R. handelte.

(Entsch. des geh. Obertribunals zu Berlin B. 10 S. 252 ff.)

Digitized by Google

II. Nachträge und Excurse.

1. Zu Abschnitt I (cautio damni infecti).

Die Caution erzeugt die Verpflichtung zu Schadensersatz nicht blos, wenn der Eigenthümer durch positives Handeln, welches an sich nicht widerrechtlich ist und der lex Aquilia nicht unterfällt, dem Nachbar schadet, z. B. durch Graben an der Grenze, sondern auch, wenn er durch negatives Verhalten, Nachlässigkeit u. dgl. seine Sachen in einen Zustand gerathen läßt, daß sie dem Nachbar schädlich werden. Im letztern Falle wird eine aquilische culpa selten aufzufinden sein (l. 13 §. 2 D. 7, 1)[1]). Das non reficere bei Gebäuden, das non caedere bei alten, morschen Bäumen (S. 16, 25, 118, 119 oben) erscheint als Hauptmotiv für die Cautionsleistung in ihrem Hauptfalle (S. 5 oben)[2]). Es erscheint deshalb vollkommen gerechtfertigt, wenn (oben S. 47) behauptet worden ist, daß die Caution wegen eines naturale loci vitium ausnahmsweise wirksam sei, wenn dieses vitium durch menschliche Einwirkung oder durch Naturereignisse herbeigeführt worden ist, und durch gewöhnliche Sorgfalt und Thätigkeit des Eigenthümers hätte beseitigt werden können, bevor es dem Nachbar Schaden zugefügt hat. Diesen Grundsatz stellt Ulpian in l. 24 §. 5 und §. 9 D. 39, 2 auf, („multum enim interesse, quod erat alioquin firmum, vi fluminis lapsum sit protinus, an vero ante sit vitiatum, deinde sic deciderit" — „plane si vetustate arborum hoc fiebat", im Gegensatz zu den arbores vi tempestatis confractae, dann §. 10: nisi forte ita vitiosae aedes fuerint, ut qualibet vel minima tempestate ruerint), und erläutert ihn mit einem Ausspruche des Cassius: quod contra ea damnum datum sit, cui nulla ope occurri poterit, stipulationem non tenere.

Die mir in den Jahrb. von Schletter Bd. IX, S. 198 zur Last gelegte Inkonsequenz kann ich demnach nicht anerkennen. Allerdings habe ich behauptet (S. 42 oben), vitium bedeute nicht eine Fehlerhaftigkeit der Beschaffenheit der Anlage, noch einen fehlerhaften Gebrauch derselben, d. h. es wird nicht erfordert, daß eine culpa nach dem aquilischen Gesetz vorhanden sei. Eine solche aber ist auch im obigen Falle, wenn der Eigenthümer einen morsch gewordenen Baum

1) Siehe oben S. 25 und die nachfolgende Note.

2) Entsprechend dem: qui agrum non proscindit, vites non subserit, aquarum ductus corrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur, l. 13 §. 2 cit.

Digitized by Google

nicht abhaut oder ein durch Wasserfluthen wankend gemachtes Haus nicht reparirt, sicher nicht vorhanden.

2. Zu Abschnitt II (aquae pl. arc. actio).

Daß in dem opus, in Folge dessen das Regenwasser einem Nachbargrundstücke schadet, kein widerrechtlicher Eingriff in fremdes Eigenthum und überhaupt keine injuria erblickt werden darf, beweist l. 22 pr. D. 39, 3. Dem Usufruktuar wird hier, si ex opere damnum aliquod patitur, die confessoria aus dem Ususfructus abgesprochen, und es wird ihm eventuell, si interdictum Quod vi aut clam ei non competet, eine utilis aquae pl. arc. actio (eine Nothhilf-Klage) gewährt.

Zu S. 173 nota 35. Die Schriften der römischen Feldmesser sind neuerer Zeit herausgegeben und erläutert von Blume, Bachmann und Rudorff, 1848, 1852.

Zu S. 174. Ueber das Wesen und den Begriff der vetustas ist noch nachzutragen: Rudorff, gromatische Institutionen S. 314.

3. Zu Abschnitt III. (Wasserrecht).

Der Literaturübersicht sind noch beizufügen: Kappeler, der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs, Zürich, 1867; Wappäus, von den dem Rechtsverkehr entzognen Sachen, Göttingen, 1867; Randa, Beiträge zum österreichischen Wasserrechte (Hirths Annalen, 1877 S. 1—77); Baron, Begriff des öffentlichen und privaten Wasserlaufs in der Zeitschr. f. vergleichende Rsw. Bd. I, S. 261 ff., Bd. II, S. 51 ff. — Landesgesetze über Wasserrecht: Herzogth. Altenburg v. 18. Okt. 1865, Großh. Oldenburg v. 20 Nov. 1860, Herzogth. Braunschweig v. 5. August 1876, Großh. Baden v. 25. Aug. 1876, Oesterr. Reichsges. für die westliche Hälfte v. 30. Mai 1869.

4. Zu Abschnitt IV. (Negatorienklage).

a. Der Referent über meine Schrift (1. Aufl.) in den Jahrb. von Schletter Bd. IX, S. 198 bezeichnet meine Definition der Negatorienklage als nach allgemeinen Prinzipien verwerflich, und giebt von dieser Klage folgende Umschreibung: „der Eigenthümer klagt gegen den, durch dessen Benehmen, sei es direkt oder indirekt, die Integrität der Rechtsstellung seiner Sache verletzt wird". In dieser vagen, aufgebauschten Phrase sind jedoch alle Merkmale zu vermissen, welche die Negatoria gegenüber andern Klagen, z. B. der cautio d. inf., der aquilischen Klage, scharf abzugrenzen geeignet sind. Von der Formulirung des Satzes: „Immission von mäßigem Rauche ist erlaubt", gesteht derselbe Referent zu, daß sie nicht völlig genau sei, denn die Zu-

Digitized by Google

weisung mäßigen Rauchs durch ein Rohr in des Nachbars Hofraum sei nicht erlaubt. An dergleichen sei auch bei jener Formulirung nicht gedacht worden. — Ist das ein wissenschaftliches Argument? wird damit die Formel gerechtfertigt? — oder ist damit nicht vielmehr bewiesen, daß sie unrichtig ist?

Nach meiner Ansicht ist zu einem wissenschaftlichen Abschluß über die Tendenz und Tragweite der Negatoria nur durch ein festes Anlehnen an die Aussprüche der römischen Juristen zu gelangen, nicht durch speculative Abstraktionen. Nach den Rechtsquellen sind die confessoria und negatoria actio den Klagen wegen des Ususfruktus nachgebildet, ad exemplum earum, quae ad usumfructum pertinent, sagt l. 2 pr. D. 8, 5. Die Klage des Usufructuars (confessoria) geht aber lediglich dahin, daß er nicht in dem Gebrauche und der Benutzung des dienenden Grundstücks gestört werde, ut securus consequatur fructuarius fruendi licentiam, l. 5 §. 6 D. 7, 6. Ulpian fügt hinzu: die Klage des Eigenthümers (negativa) bezwecke: proprietatis dominus ne inquietetur. Das kann nur bedeuten, daß er nicht gestört werden soll in der licentia fruendi, als Ausfluß seines Eigenthums (jus suum), welche der Beklagte als ein jus separatum prätendirt, l. 5 pr. eod. Wenn nun auch diese actio negativa des Eigenthümers auf Abwehr anderer Servituten ausgedehnt worden ist, so muß doch die Tendenz dieselbe geblieben sein; der Eigenthümer verfolgt damit Eingriffe, welche den Gebrauch und die Bewirthschaftung seines Grundstücks dauernd beschränken oder hindern können. Alles nach Analogie des Falles, wenn ein Usufructus prätendirt wird. Daraus ist es wohl auch zu erklären, daß die Negatoria nur für Grundstücke, nicht bei beweglichen Sachen, Anwendung findet. Ein Nachweis, daß die Negatoria auch gegen die Behauptung eines Pfandrechts, einer Dispositionsbeschränkung oder wegen flüchtiger, vorübergehender Störungen von den römischen Juristen zugelassen worden sei, ist niemals und nirgends erbracht worden. Man beruft sich auf ein Bedürfniß des Rechtsverkehrs; allein ein solches Bedürfniß ist an sich keine Rechtsquelle, und es muß in Abrede gestellt werden, weil dem Eigenthümer andere Rechtsmittel in den gedachten Fällen zustehn, (rei vindicatio, interd. uti possidetis und quod vi aut clam, actio injuriarum, provocatio ad agendum, und als Ersatz für letztere die Klage aus §. 231 der deutsch. Civ.-Proz.-Ordn.). — Nun kann weiter wohl nicht bezweifelt werden, daß die confessoria und negatoria ursprünglich nur für Servituten gegeben sind, confessoria ei, qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino, qui negat, l. 2 pr. D. 8, 5. Bei der Erweiterung der Negatoria auf Anmaßungen und

Digitized by Google

Eingriffe, die nicht Servituten sein können, lehnen sich die Juristen aber jederzeit an die äußere Erscheinungsform einer Servitut an, sie setzen stets ein immissum, protectum, projectum voraus. Die confessoria nun kann wegen Behauptung einer Servitut lediglich gegen den Eigenthümer des angeblich dienenden Grundstücks gehn, weil nur er Servituten einräumen kann, und weil, wenn ein der Servitut widerstrebendes opus vorhanden ist, nur der Eigenthümer allein das Werk zu ändern oder zu beseitigen die Macht hat[3]). Sie ist indessen bei vorübergehenden und zeitweisen Störungen gegen jeden Störer (qui prohibet aquam ducere etc.[4]) zur Befriedigung eines praktischen Bedürfnisses zugelassen worden, weil sie nicht davon ausgeht, daß dem Gegner jus non esse[5]). Anders liegt die Sache bei der Negatorienklage mit der Intention, daß dem Beklagten kein jus in re (servitus) an dem klägerischen Grundstücke zusteht. Sie kann vermöge dieser Intention, die heut noch Klaggrund ist (S. 293 oben), nur gegen Personen erhoben werden, bei denen die Zuständigkeit einer Servitut oder die Berechtigung zu einem servitutähnlichen Eingriff juristisch möglich ist. Insbesondere ist auch das tollere eines opus hier nur vom Eigenthümer des Nachbargrundstücks zu erlangen[6]). In l. 8 §. 5 D. 8, 5 sind die Worte: eum, qui tabernam casseariam conduxit, prohiberi posse fumum immittere nicht von der Negatoria zu verstehn; das prohibere wird vielmehr mit dem interdictum uti possidetis effectuirt, wie Ulpian am Schlusse des §. 5 ausdrücklich erläutert. Weiter bezieht sich der Passus: agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immitat, jus ei non esse fumum immittere nicht zurück auf eum, qui tabernam conduxit; ja er kann sich gar nicht auf ihn beziehn, und ist vielmehr ganz allgemein zu nehmen, weil hinzugefügt wird: ergo per contrarium agi poterit, jus esse fumum immittere. Es ist doch unzweifelhaft, daß der Miether nicht eine Servitut in Anspruch nehmen und deshalb die Confessoria anstellen kann, (l. 2 §. 1 D. 8, 5). Alle Beispiele, welche wir in den Quellen haben, zeigen uns die Negatoria in der Richtung gegen den Besitzer des widerrechtlichen opus, l. 13, l. 17 §. 2 D. 8, 5, resp. gegen den Eigenthümer des Nachbargrundstücks, l. 14 pr., l. 8 §. 5 D. 8, 5 (Steinbruchsbesitzer), §. 7 ib. (Badehausbesitzer) l. 2 D. 43, 27, l. 6 §. 2 D. 47, 7. Auch die operis novi nuntiatio, als Vor-

3) l. 15 D. 8, 5.

4) l. 10 §. 1 D. 8, 5.

5) Sondern jus mihi esse wird behauptet; ergo.

6) Analog l. 15 D. 8, 5. Was hier von der confessoria gesagt wird, gilt auch von der Negatoria; so ist S. 329 zu verstehn.

Digitized by Google

läuferin der Negatorienklage, kann nur gegen den Besitzer des opus novum gerichtet werden, (fit in rem)[7]). Man darf nicht einwenden, daß sonach die Klage aus dem Eigenthum eine geringere Tragweite habe, als die Klage aus einer Servitut. Die beschränkte Tendenz der Negatoria erklärt sich aus dem Umstande, daß dem Eigenthümer gegen vorübergehende Störungen und andere Prätensionen genügende und bequemere Rechtsmittel zu Gebote standen, während gewissen Realservituten jedenfalls der Interdiktenschutz gemangelt hat, so daß der Berechtigte bei Störungen aller Art lediglich auf die Confessoria verwiesen werden mußte.

Bei dem immissum habere muß der im fremden Gebiete erscheinende Körper (Eindringling) mit dem Nachbargrundstück, von dem er ausgeht, im Zusammenhange stehen, theils als Signatur unrechtmäßiger Herrschaftserweiterung, theils als Voraussetzung der Negatoria, in sofern wenigstens die äußere Erscheinungsform einer Servitut, ein immissum, protectum u. s. w. vorhanden sein muß. Den Gedanken einer widerrechtlichen Herrschaftserweiterung indiciren l. 5 §. 9 D. 39, 1, wo von der Servitutbestellung gesagt wird: jus suum diminuit, alterius auxit und l. 20 pr. D. 8, 2, wo es vom tignum immissum heißt: in tuo aliquid utor, l. 20 D. 8, 2. Für die Immission loser und flüssiger Körper (Steinsplitter, Rauch, Gase u. dgl.) dient das stillicidium immittere als Typus, l. 22 §. 4 D. 43, 24, resp. die serv. fluminum, l. 13 D. 8, 5, l. 1 pr. D. 8, 2, l. 20 §. 5 eod. l. 33 D. 18, 1, l. 1 §. 17 D. 39, 3.

b) Das Interdikt in l. 17 §. 2 D. 8, 5 (wegen des sterculinum in publico factum) ist das Interd. quod vi aut clam, nicht das interd. ne quid in loco publico; letzteres ist wegen eines verletzten Privatinteresses nur prohibitorisch. Wenn nun hier, sowie in l. 13 D. 8, 5 (fistulae in via publica) wegen einer Anlage in publico die Negatorienklage zugelassen wird, so erklärt sich das aus l. 27 §. 32 D. 9, 2 und l. 30 §. 1 D. 39, 2; die Anlage wird quodammodo als res sua des Urhebers, er selbst quasi als dominus angesehn (vgl. §. 102).

c) Zu §. 321 des sächs. bürgerl. Gesetzbuchs bemerkt Sintenis (Anleitung zum Studium ꝛc.) mit Recht, daß der Ausdruck „Beschränkung des Eigenthums" als Voraussetzung der Negatoria vag und bestritten sei.

5. Zu Abschnitt VI (op. novi nuntiatio).

a) Zur l. 5 §. 10 D. 9, 1. Was heißt hier, den Gegner per Praetorem prohibere? Ich meine, der Satz ist wörtlich zu neh-

7) l. 18 §. 1 D. 39, 1.

Digitized by Google

men und bedeutet, dem Gegner durch den Prätor sein Verbot zugehn lassen [8]). Dies verträgt sich mit der römischen Gerichtsverfassung und ist angezeigt durch den Nachsatz: et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat, aequissimum erit, interdicto quod vi aut clam aut uti possidetis uti. Was bedeutet ferner per manum prohibere? Stölzel übersetzt: Hand anlegen und meint thätlichen Widerstand (S. 345, 520). In l. 20 § 1 D. 43, 24 wird jener Ausdruck umschrieben mit manum opponere. Diese Worte bedeuten aber bei Cicero, Ovid u. A. (manum fronti, ante oculos, ob os opponere) nur eine ganz friedliche Bewegung der Hände, und da nun prohibere nicht blos „verhindern", sondern auch „verbieten" bedeutet [9]), so finde ich auch in dem manum opponere nur eine symbolische Handlung (vorstrecken der Hände), wie solche auch in dem lapilli jactus sich darstellt, die das Verbot ausdrücken oder bestärken soll [10]).

In dem Satze per manum, **id est lapilli jactum,** prohibere, beruhn die hervorgehobenen Worte (nach l. 20 §. 1 D. 43, 24 und l. 6 §. 1 D. 8, 5) auf einer Interpolation (Stölzel), oder auf einem Versehn der Abschreiber; ich vermuthe, daß für id est das Wort sive oder ein ähnliches zu lesen ist [11]).

b) In l. 6 §. 1 D. 8, 5 verstand ich früher unter dem prohibere interdicto quod vi die operis novi nuntiatio, weil ich meinte, daß sie sonst mit l. 5 §. 10 h. t. in Widerspruch trete (Stölzel S. 444). Diese Ansicht ist nicht haltbar. In letzterwähnter Stelle nämlich haben die Worte „tunc operis novi nuntiatis erit necessaria" nicht die Bedeutung einer juristischen Nothwendigkeit (Stölzel), sondern nur der Opportunität; sie sollen andeuten, daß die Nuntiation in diesem Falle sachgemäß und nützlich ist; (Unterholzner, Schuldverh. II, S. 185). Darauf weist das vorhergehende melius esse, hin. Auch kehrt in derselben Bedeutung necessarium wieder in l. 39 pr. D. 39, 2: sed tunc ea cautio necessaria erit (S. 77 oben). Stölzel verwechselt (S. 445) ganz augenscheinlich den Sachen-Besitz mit dem Servituten-Besitz. Der Eigenthümer kann durch Höherbauen sua possessione uti (d. h. seines Hauses), und doch zugleich den Nachbar im Besitz einer diesem zustehenden Servitut stören. Da Letz-

8) Vgl. l. 3 §. 1 D. 39, 1. Karlowa, Beiträge zur Geschichte des r. Civilpr. S. 97, Note 65.

9) l. 20 §. 1 D. 43, 24

10) Vgl. Karlowa, Beiträge S. 97 („eine abwehrende Handbewegung").

11) Karlowa meint: der lapilli jactus werde hier als ein prohibere per manum bezeichnet. (S. 97 a. a. O.).

Digitized by Google

terem kein Interdiktenschutz zur Seite steht, so ist er eben auf die prohibitio und nuntiatio verwiesen.

c) L. 35 §. 3 D. 3, 3: defendere videtur procurator, etsi in possessionem venire patiatur, cum quis damni infecti satisdari vel legatorum desideret, l. 36: vel in operis novi nuntiatione. Sed etsi servus ex causa noxali patiatur duci, defendere videtur. Ita tamen, ut in his omnibus casibus ratam rem dominum habiturum caveat. — Die Erklärung ist nicht leicht. (Stölzel (S. 253) verwirft mit Recht die Interpretationen der Glosse, der Basiliken und des Cujaz[12]), welche annehmen, daß der Defensor des Nuntiaten weder Caution leiste noch Remission suche, und der Nuntiant deshalb im Besitz bleibe, obschon der Nuntiat hätte in den Baubesitz gelangen können. Stölzel interpretirt das in poss. venire patiatur in op. novi nuntiatione von der Nuntiation damni depellendi causa, wo bei verweigerter Caution die missio in poss. dekretirt werde. Er selbst fühlt (S. 256), daß dies auffällig sei, weil dann das dritte Satzglied nur eine Unterabtheilung des ersten Gliedes (damni inf. cautio) bilde. Es kommt jedoch noch hinzu, daß eine missio in possessionem „in den Neubau" nicht möglich ist, z. B. bei Einreißen eines Gebäudes oder wenn nur ein kleiner Anfang zur Aufsetzung eines neuen Stocks gemacht worden ist, und daß die missio überhaupt nicht statt hat, in rem, quam quis possidere non possit aut ei non expediat (§. 22 oben). Mit Stölzel ist anzunehmen, daß von einem defensor des Beklagten die Rede ist, es kann ihm aber nicht eingeräumt werden, daß bei dem si in possess. venire patiatur nur an eine prätorische Besitzeinweisung zu denken sei. Der Nachdruck in der Stelle liegt darauf, daß ein defendere auch durch ein negatives resp. passives Verhalten in jure vom defensor bewirkt werden kann; dies wird an 4 Fällen zur Anschauung gebracht. Die cautio rati, welche von ihm gefordert wird, setzt eine Verhandlung in jure voraus. Da paßt denn nun bei der op. novi nunt. nach meiner Ansicht nur der in l. 15 D. 39, 1 angeführte Fall. A hat dem B nuntiirt, B antwortet darauf mit der petitorischen Klage aus seinem Rechte; der Vertreter des A erscheint in jure, antwortet aber nicht auf die Klage, vielleicht wegen Mangels an Instruktion, sondern leistet Caution, se aedificanti vim non facturum; er läßt die Translation des Besitzes zu, welchen A durch die Nuntiation sich gesichert hatte (l. 72 D. 3, 3).

---

12) Der auch ich früher gefolgt bin.

Digitized by Google

d) Zu l. 1 §. 20, l. 2 D. 39, 1 und l. un. D. 43, 25. Ob der Usufructuar suo nomine nuntiiren kann, oder nur procuratorio nomine? — Jhering, Dernburg, Windscheid (§. 217 not. 6) meinen, daß sich die Frage nur um die formula actionis bewegt habe, und nach neuerem Rechte dem Usufructuar eine utilis vindicatio servitutum (confessoria utilis resp. negatoria) und sonach auch eine Nuntiation in eignem Namen einzuräumen sei. Dieser Ansicht kann ich nicht beipflichten. Zunächst ist ein großer Unterschied zwischen dem Usufructuar und andern dinglich Berechtigten, Emphyteuta, Superficiar, Pfandgläubiger. Der Anspruch dieser geht auf die Sache selber, der Anspruch des Usufructuars nur auf den Gebrauch der Sache, licentia fruendi. Bei jenen erklärt sich die vindicatio servitutum utilis aus dem Einfluß, den Servituten auf das Grundstück selbst und resp. seinen Werth (beim Pfandgläubiger) haben. Bei dem Usufructuar genügt vollkommen: si hoc facto ususfructus deterior fiet, petere usumfructum debebit. — Sodann hat Julian niemals dem Usufructuar eine vindicatio servitutum eingeräumt. Et Julianus scribit- nam etsi fundo fructuario servitus debeatur, fructuarius non servitutem, sed usumfructum vindicare debet adversus vicini dominum (l. 5 §. 1 D. 7, 6), und wenn er nach l. 1 §. 3 D. 8, 5 das interdictum de itinere dem Fructuar einräumt, und dies damit motivirt: alibi de jure, id est confessoria actione, alibi de facto, ut in hoc interdicto, quaeritur, so beweist dies doch jedenfalls, daß Julian die confessoria (vindicatio servitutis) dem Usufructuar nicht zugestehn will; vgl. S. 381 oben. In l. 2 D. 39, 1 muß bei den Worten sicut adversus vicinum aus l. 1 §. 20 ib. das procuratorio nomine subintelligirt werden. Darauf weist die Verbindung beider Stellen hin, und es bedingen dies die Worte in der Klagformel invito se, die nur auf den dominus proprietatis bezogen werden können, in dessen Namen der Usufructuar klagt. Ein weiteres Argument für meine Auffassung liegt in den Worten des §. 4 der l. un. D. 43, 25: Idem Julianus dicit de ceteris, quibus aliqua servitus a vicino debetur. Man kann doch dem Julian nicht die Ansicht unterstellen, daß dem Usufructuar aliqua servitus a vicino debeatur. Endlich ist noch zu bedenken, daß die Servitut für den Usufructuar oft ganz gleichgiltig sein, ihm weder Nutzen, noch Schaden bringen kann, und daß Ulpians Ausspruche der Vorzug zu geben sein würde vor Julians Ansicht. Ulpians Meinung ist in l. 1 § 20 vollständig und positiv ausgesprochen, die Aeußerung Julians haben wir dagegen in l. 2 ib. nur verstümmelt und in l. un. D. 43, 25 nur in einem offenbar nicht wortgetreuen Referate; nuntiatio

Digitized by Google

z. B. ist verwandelt in remissio. Wer weiß, was sonst noch geändert worden.

Ueber die Varianten in l. un. D. 43, 25 vgl. die Lit. bei Stölzel a. a. O. S. 284 ff. Nach meiner Ansicht kann die Weglassung des non vor tenet in §. 2 und die Umsetzung von utilis und inutilis in §. 3 nicht gebilligt werden. Der Prätor ertheilt nur dann Remission, wenn die Nuntiation nicht giltig ist, und er erkennt einen Einspruch nur für giltig an, wenn er nach den Anführungen der Parteien ein jus prohibendi angezeigt findet (abgesehn von den formellen Mängeln, die den Einspruch kraftlos machen können). In §. 4 hat utilis die Bedeutung von „nützlich" oder „nöthig" [13]). Dem dominus proprietatis ist die Remission nicht nöthig gegenüber der Nuntiation des Usufructuars, weil der Einspruch des Letztern ipso jure unzulässig ist und das interd. de demoliendo nicht zu begründen vermag. Brinz, Jahrb. XVII S. 251 interpretirt: dem dominus ist die remissio inutilis, weil er nach erlangter Remission mit der ususfructus petitio belangt werden wird; dem Nachbar ist sie nützlich unter denselben Bedingungen, wie sonst; — wenn Nuntiant kein jus prohibendi erweist, giebt es gegen ihn keine ususfructus petitio mehr. — Hier wird die remissio mit dem petitorischen Prozeß in Verbindung gebracht, während nach m. A. sie nur in Beziehung zum demolitorischen Interdikt zu denken ist. Dies ergiebt sich aus l. 20 pr. h. t.: quod in eo loco, antequam nuntiatio missa fieret, factum est, id restituas. Nur bei dieser Gelegenheit wird die Remission im Edikt erwähnt.

e) Die Nuntiation denken sich die römischen Juristen immer in engster Beziehung zur Confessoria und Negatoria; sie erscheint ihnen lediglich als ein Provisorium, zu welchem der petitorische Prozeß den Hintergrund und das Ende bildet. Man denke nur an die Verweigerung der petitorischen Klagen wegen Nichtbeachtung der Nuntiation [14]), an das Motiv für die Versagung des Einspruchs unter Miteigenthümern [15]), und daran, daß der Nuntiat als Beklagter angesehn wird, selbst im Remissionsverfahren [16]); der Satz: in novi op. nuntiatione possessorem adversarium facimus wird nur erklärlich, wenn man den petitorischen Prozeß sich als den Abschluß der Nuntiation denkt. Diese Auffassung der Nuntiation wirft auf manche Eigenthümlichkeiten, die uns bei der Caution und bei der Remission auffallen, ein helleres Licht

13) Auch Burkhard S. 316 bezieht utilis und inutilis auf den Nuntianten.

14) l. 1 §. 17 D. 39, 1.

15) l. 1 §. 18. l. 2. l. 3 §. 1. 2 h. t.

16) l. 1 § 6. l. 5 §. 10 §. 19 h. t. Vgl. noch l. 7. l. 15. l. 19, auch l. 8 §. 4. l. 21 §. 2 eod.

Digitized by Google

und läßt mich daran festhalten, daß die Nuntiation eine Klagankündigung enthält und den Rechtsanspruch des Nuntianten ausdrücken muß, l. 21 pr. h. t.: quoties vicinus dicit, jus sibi esse, prohibere vicinum ꝛc. — Ganz anders verhält sich das bei dem Interdictum quod vi aut clam. Da findet man nirgends eine Bezugnahme auf die Hauptklage, in welcher das Interesse, die Voraussetzung des Interdicts, seine Wurzel hat.

f) Man spricht von bedingter und unbedingter Remission; nach meiner Meinung ist das nicht angemessen. In den Quellen finde ich bei der Remission nicht die kleinste Spur einer Bezugnahme auf den petitorischen Proceß oder das jus prohibendi resp. aedificandi (l. 8 §. 4. l. 19 h. t.). Wenn gesagt wird, nuntiationem tenere, ubi jus est nuntianti prohibere, ne se invito fiat, so bedeutet das nicht, daß der Nuntiant sein jus prohibendi im petitorischen Processe, oder gar im Remissionsverfahren begründen und beweisen muß, sondern weist nur auf die Bescheinigung der Thatsachen hin, aus denen in thesi ein jus prohibendi hervorgeht; jus habet nuntiandi, qui dominium aut servitutem habet, l. un. §. 2 D. 43, 25, — opus novum nuntiare potest is, ad quam res pertinet, und l. 8 §. 3 D. 11, 7: quia jus prohibendi etiam hi habent (die Inhaber von Servituten und der Eigenthümer). — Die Remission hat es lediglich mit dem Einspruch an sich zu thun ohne irgend welche Rücksicht auf das Petitorium, d. h. das Recht selber. Ihre Wirkung besteht darin, daß der Nuntiat, wenn er weiterbaut, nicht dem interd. de demoliendo unterfällt, l. 20 pr. h. t. (antequam nuntiatio missa fieret, lautet die Voraussetzung des Interdikts), noch mit dem Interd. quod vi aut clam verfolgt werden kann, l. 7 §. 2 D. 43, 24; es besteht eben kein Verbot mehr und es kann nicht wiederholt werden. Dagegen wird mit der Remission dem Nuntiaten nicht das interd. ne vis fiat aedificanti zugestanden, noch ist er gegen das interd. uti possidetis geschützt, wenn er in alieno aedificat oder in alienum immittit. Wird Remission nicht gewährt, also der Einspruch als statthaft anerkannt, so bedarf es ebenfalls keines Vorbehalts, daß Nuntiant ein jus prohibendi im Petitorium nachweist, denn der Einspruch wirkt an sich kein jus, sondern nur ein factum mit dem int. demolitorium (l. 1 §. 3 D. 8, 5), und nöthigt den Nuntiaten, sein jus aedificandi im Petitorium geltend zu machen, wenn er nicht Caution zu leisten vorzieht.

Nach meiner Ansicht (a. M. Stölzel S. 188. 238 ff.) kann der Calumnieneid, von welchem l. 5 §. 14 h. t. die Rede ist, nur im Remissionsverfahren resp. im Demolitionsprozesse geleistet worden sein. Hoc jusjurandum auctore Praetore defertur, d. h. der

Digitized by Google

Eid wird vom Prätor selbst verlangt (Stölzel S. 240), nicht vom Gegner. Nach dem Edict tritt aber der Prätor in Folge einer Nuntiation erst bei der Remission in Thätigkeit, l. 1 §. 2, §. 9 h. t., oder bei dem interd. demolitorium. Daß der Nuntiat auch vorher den Eid habe fordern und den Nuntianten deshalb habe vor Gericht laden können (Stölzel), ist hiernach nicht glaubhaft (auctore praetore defertur), und wird durch l. 13 §. 3 D. 39, 2 sehr in Zweifel gestellt, in welcher der Calumnieneid als Voraussetzung der prätorischen Entscheidung über die Zulässigkeit der Cautionsforderung wegen damn. inf. erscheint. Quisquis igitur juraverit de calumnia, admittitur in stipulationem [17]); et non inquiretur, utrum intersit ejus, an non, vicinas aedes habeat, an non habeat. (Vgl. noch l. 1 §. 9 D. 46, 5 [18]).) Ist nun meine Ansicht richtig, so ist es auch unzweifelhaft, daß bei der Remission ein Beweis des jus prohibendi vom Nuntianten nicht erfordert wurde, sondern von ihm nur die Thatsachen anzuführen waren, aus denen ein mit dem jus prohibendi ausgestattetes Rechtsverhältniß sich ergab. Der Calumnieneid soll vorläufig den Beweis jener Thatsachen ersetzen.

g) Daß die Cautio de demoliendo [19]) (l. 20 §. 1. l. 21 §. 1 D. 39, 1. l. 2 §. 1 D. 46, 5) Aehnlichkeit mit der satisdatio judicatum solvi hat, ist nicht zu läugnen; aber dennoch sind es zwei verschiedene Cautionen [20]). Das Aehnliche besteht in dem Zwecke derselben, Sicherstellung des Resultats des petitorischen Prozesses und des Prozeßganges, l. 1 §. 1 D. 46, 5: propter judicium interponuntur, ut ratum fiat, und in ihrem Inhalte, in den Sätzen de re judicata, de re defendenda, de dolo malo. Die Verschiedenheit zeigt sich darin: die cautio de demoliendo ist ein vom Prätor gestattetes Beneficium, eine licentia, keine nothwendige Caution, wie die satisd. jud. solvi. Die erstere enthält nur ein bedingtes, auf einen künftigen Proceß bezügliches Versprechen (habet conditionem, ut ita demum committatur, si judicatum fuerit, l. 21 §. 2 h. t.), die letztere lautet unbedingt und wird im Proceß selbst erst geleistet. Ferner ist die erstere direkt auf Beseitigung des opus gerichtet, die letztere auf judicatum solvi, daher jene eine untheilbare [21]), diese eine theilbare Verpflichtung begründet, l. 2 pr. §. 1 u. 2 D. 46, 5.

17) Ganz wörtlich wohl nicht zu nehmen, s. folgende Note.

18) Quodsi sit aliqua controversia — ipse Praetor debet super ea re summatim cognoscere et cantum jubere aut denegare.

19) Satisdatio de opere restituendo in den obigen Citaten benannt.

20) l. 1 §. 1. l. 2 §. 1, 2 D. 46, 5.

21) Vgl. jedoch l. 72 pr. D. 45, 1: ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem.

Digitized by Google

Bei der letzteren werden die sogen. drei Clauseln vermöge Rechtssatzes subintelligirt, l. 6 D. 46, 7, in die erstere werden sie ausdrücklich als Voraussetzung aufgenommen, l. 21 §. 2 D. 39, 1 (et de dolo malo subjicitur clausula)[22]).

Die Ansicht Karlowa's (S. 400 oben), daß die Caution de demol. nur das nach der Nuntiation Gebauete umfasse, ist nicht ganz zweifellos; l. 5 §. 15 und l. 8 §. 1 h. t. dürften lediglich für das interd. demolitorium von Belang sein. Und da die Caution propter judicium geleistet wird, das Judicat aber nicht blos das nach der Nuntiation Gebauete umfaßt, sondern dahin lautet, jus non esse aedificandi (l. 12. l. 8 §. 4 h. t.), auch der Zweck der Caution (l. 20 §. 11. l. 25 §. 1 h. t.) außerdem nur sehr unvollkommen erreicht werden würde, so ist mir die obige Ansicht doch bedenklich geworden. Es ist geradezu nach der Tendenz der petitorischen Klagen (ut tollatur, quod non jure factum) unglaublich, daß der Kläger einen Theil des non jure factum habe dulden müssen. Von der Verordnung Justinians (C. 8, 11) steht nicht fest, ob die Worte: ut, si non recte aedificaverit, omne opus, quod post denuntiationem fecerit, suis sumtibus destruet, altes Recht reproduciren, und ob nicht der Nachdruck auf suis sumtibus liegt, so daß der Urheber des Bauwerks wegen des ante denuntiationem Gebauten nur patientiam zu prästiren hätte, was indessen auch eine Neuerung begreifen würde.

Der S. 405 oben referirten Ansicht, daß die Caution zur Einleitung des Processes über das jus prohibendi gedient habe, steht die Fassung der Stipulation entgegen, welche einen noch nicht eingeleiteten Proceß und dessen Judikat als Voraussetzung und Bedingung enthält;

---

22) Ob nicht auch der weitere Verlauf, namentlich in der Executionsinstanz, ein verschiedener war? Es scheinen dies die Worte: si hoc petitori placuerit und si hoc maluerint in l. 21 §. 4 und 7 D. 39, 1 anzudeuten. Und wenn man die Ausdrücke erwägt: agere potero, ut ea, quae nova immiseris, tollas — ut quod non jure factum est, tollatur — quemadmodum posset vicinum cogere, ut sterculinum tolleret (l. 14 §. 1. l, 15. l. 17 §. 2 D. 8, 5), wenn ferner in l. 11 §. 4 D. 43, 24 Ersatz der Kosten zugesichert wird, falls der Kläger selbst das opus beseitigt hat; so möchte man fast vermuthen, daß bei der restitutio operis ein anderes Verfahren, als blos Condemnation in Geld, stattgefunden habe. Freilich die Quellen sprechen nicht pro, sondern eher contra. Wenn Keller, röm. Proc. §. 67 meint, daß die Römer wohl in den meisten Fällen zur Vermeidung einer ärgeren Geldcondemnation dem arbitrium zu Willen gewesen sein würden, so ist das doch problematisch; es wird bei ihnen auch hartnäckige Beklagte gegeben haben. Vgl. noch Wetzell, Syst. des Civilproc. §. 50 II not. 80.

Die cautio de demoliendo führte zu stricter Verurtheilung in die restitutio operis; daher wohl die eventuelle Stipulation in l. 21 §. 4 ff. D. 39, 1. Es wurde nach der pronuntiatio die Einholung eines arbitrium entbehrlich.

Digitized by Google

dieser Proceß kann nach dem sub e) oben geschilderten Verhältniß der Nuntiation zur confessoria und negatoria nur das Petitorium sein.

Gegen die Ansicht Schmidts, daß unsere Caution Voraussetzung und Zweck der Remission gewesen sei (S. 393 oben), streiten außer den S. 394 citirten Stellen noch l. 1 pr. l. 5 §. 17 (perinde est, ac si op. novi nuntiatio omissa esset) l. 8 §. 4 h. t. (donec caveat, vel donec remissio fiat). Auch darum scheint mir diese Ansicht nicht richtig zu sein, weil im Edict die Caution lediglich in die Willkür des Nuntiaten gestellt ist, weil sie im Edict nur bei dem interdictum, ne vis fiat aedificanti als Voraussetzung erwähnt, und mit der Remission nach l. 20 pr., verglichen mit §. 1 und 5 daselbst, völlig auf gleichen Fuß gestellt wird. L. 7 §. 2 D. 43, 24 liefert dagegen ein höchst zweifelhaftes Argument. Direct bestätigt sie die Ansicht Schmidts keineswegs. Soll der Passus licere enim debet aedificare ꝛc. als Motiv dafür gelten, daß remissione facta der Nuntiat non vi aut clam handelt, so ist dies unzutreffend, weil auch ohne Cautionsleistung remissione facta kein Einspruch und Verbot mehr vorhanden ist resp. erhoben werden kann, und die Remission neben der Cautionsleistung nur eine leere Form sein würde. Ich vermuthe aus der citirten l. 7 §. 2, sowie aus l. 5 §. 19 D. 39, 1 (weil das Remissionsverfahren mit einem prätorischen Dekret schließt, weil es kein actio in rem zum Gegenstande, darum auch kein judicatum zur Folge hat, also die satisdatio judicatum solvi gegenstandslos sein würde), daß remissione facta — wenn nicht gesetzlich, so doch herkömmlich — sofort die Einleitung des petitorischen Processes sich angeschlossen hat, da schon in der Nuntiation nach meiner Ansicht eine Klagankündigung enthalten ist. In l. 7 §. 2 cit. würde dann, wie in l. 5 §. 19 cit. von der satisdatio judicatum solvi, nicht von unserer cautio de demoliendo, die Rede sein. Quum possessor hoc ipso constituatur bedeutet dann, daß der Nuntiat in die Lage des Beklagten und quasi Besitzers versetzt wird; letzteres, weil er remissione facta fortbauen darf. Diese Erklärung wird auch durch l. 3 §. 5 D. 43, 24 unterstützt, et magis est, ut desinat vi facere, si modo satis offerat et defendere paratus est, si quis agat, und das Axiom: in operis novi nuntiatione possessorem adversarium facimus erscheint dann in einem viel helleren Lichte. Deshalb — meine ich — finden wir auch in Justinians c. un. C. 8, 11 die Verhandlung der petitorischen Klage verbunden mit der Remission. Die satisdatio judicatum solvi war außer Gebrauch gekommen, §. 2 I. 4, 11; in Folge dessen auch die cautio de demoliendo, vgl. S. 412 not. 138 oben und c. 12 §. 7, 8 C. 8, 10. Sie war ein vortreffliches Mittel gegen Chikane und Proceßsucht, und wird von den Kaisern doch nicht mit

Digitized by Google

einer Silbe erwähnt. Wenn sie noch in den Pandekten ausführlich behandelt wird, so beruht dies auf einem Versehn der Compilatoren oder auf einer irrigen Auffassung der von Justinian geordneten Caution (A. M. Stölzel S. 327)[23]. Die Justinianische Cautio de demol. ist eine neue Schöpfung, die sich nur an die alte Caution anlehnt; sie ist keine licentia des Nuntiaten mehr, wie früher, und ist erst im Proceß nach dreimonatlichem Streite dem Richter zu leisten. Nun ist es nicht glaublich, daß der Nuntiat ein Jahr lang den Bau sistirt hätte, vielmehr hat er sicher zu dem einfachen Mittel gegriffen, daß er vom Richter die Lösung des Bannes (remissio) begehrte. Erklärte der Richter die Nuntiation für unstatthaft, so wurde sofort über die petitorische Klage des Nuntianten verhandelt. Wurde sie für statthaft erkannt, so war der Nuntiat genöthigt, sein jus aedificandi im Klagwege zu verfolgen. Die förmliche remissio war mit dem Wegfall der Trennung von jus und judicium verschwunden; thatsächlich und materiell hat sie sich behauptet.

h) Die Frage, ob der, welcher nach dem Einspruch weiter baut, noch im Demolitorium Caution mit Erfolg offeriren kann, wird von Rudorff und dem O.A.G. in Jena verneint, weil es sich um eine Strafe wegen Verletzung des Edikts handle. Stölzel und Burkhard lassen sie zu, weil das Princip der Straffälligkeit durchbrochen sei. — Die erstere Meinung scheint mir die richtige, wenn auch das eben erwähnte Gegen-Argument einzuräumen ist. Das Vorgehn des Nuntiaten ist vis, widerrechtliche Eigenmacht, die nicht corrigirt werden kann. Und wenn deshalb nach l. 1 §. 7 h. t. der Prätor actionem, jus sibi esse ita aedificatum habere, verweigert, so kann consequent auch nicht Remission oder Caution mehr zugelassen werden; wem das plus versagt wird, dem muß auch das minus verwehrt sein.

6. Zu Abschnitt VII (interdictum quod vi aut clam).

Zur Literatur ist noch nachzutragen: Karlowa, Beiträge z. Geschichte des röm. Civilproc. S. 89—100. Nach Karlowa muß der Prohibent, damit sein Verbot ihm das Interdikt verschaffen könne, irgend ein rechtliches Interesse daran haben, daß die betreffende Handlung vorläufig unterbleibe; es stehe damit ähnlich, wie mit der actio ad exhibendum[24]. — S. 94 meint er, die von Stölzel angeführte l. 21 D. 39, 3 scheine für Franke's Meinung den Ausschlag zu geben. Dagegen finde ich in dieser Stelle nur den Satz bestätigt, daß der Prohibent ein rechtliches Interesse an dem Unterbleiben des opus haben muß, welches er nur unter Bezugnahme auf ein Rechtsverhältniß, aus

23) Die const. ist Ausgangs 532 erst ergangen; da konnte möglicher Weise der tit. D. 39, 1 schon bearbeitet sein.

24) Vgl. S. 436 oben.

Digitized by Google

welchem ein Klagrecht wegen des opus hervorgehn kann, darzuthun hat[25]). Dieses Darthun (Glaubhaftmachen) wird aber je nach dem concreten Falle verschieden bewirkt werden müssen; in dem Falle der l. 21 cit. kann es nur durch Berufung auf eine zustehende Servitut geschehn. Anders wieder wird es zu geschehn haben bei einem Werke im Nachbargrundstücke, vermöge dessen das Regenwasser meinem Grundstücke schadet, l. 4 §. 2, 3. l. 5. l. 14 §. 3. l. 22 pr. D. 39, 3, anders in dem Falle der l. 13 §. 7 D. 39, 2 (si quis juxta aedificium suum monumentum fieri passus sit), wenn man ein solches Grabmal verbietet.

Gegen den Satz, daß die erforderliche Garantie gegen widerrechtliche Prohibitionen in dem Gebrauche des interdictum quod vi liege, wendet Karlowa (S. 95) ein, daß nur eine wirkliche faktische Verhinderung dieses Interdict begründen könne, die Prohibition aber nur ein Verbot, resp. durch symbolische Handlungen bewirkt, begreife. Eine rechtsförmliche Handlung mit bestimmten rechtlichen Wirkungen könne nicht als Besitzstörung qualificirt werden. Nun bin ich zwar mit Karlowa der Ansicht, daß die prohibitio des Interdicts quod vi nur ein Verbot bedeuten kann (gegen Schmidt); allein ich meine doch, daß ein Verbot, welches ich vorläufig respectiren muß, einer wirklichen Verhinderung im Gebrauche meines Grundstücks völlig gleich steht. In den Fällen der l. 3 §. 3, 4 D. 47, 17 ist sicher unter prohibere nur ein Verbot gemeint, wie sich aus den Umständen des Falles resp. aus der vom Juristen erwähnten denuntiatio ergiebt (posse te ei denuntiare et vites praecidere). Ein solches Verbot aber, mit Unrecht eingelegt, involvirt eine rechtswidrige Störung des Eigenthümers im Besitze, und begründet folglich das interd. uti possidetis.

7. Zu Abschnitt VIII (Miteigenthum).

Eisele sagt im Arch. f. civ. Prax. Bd. 63 S. 67: „Das Miteigenthum ist die gleichzeitige Beziehung eines und desselben Eigenthums auf mehrere Subjecte." — Ich vermisse dabei eine nähere Darlegung, in welcher Hinsicht und nach welchen Richtungen hin diese „Beziehung" statt hat. Nach meiner Ansicht stellt sie sich dar erstens darin, daß die res communis nicht zum Vermögen eines, sondern zu den verschiedenen Vermögen mehrerer Subjecte gehört, und zweitens darin, daß die Herrschaft über die Sache nicht blos Einem gebührt, sondern unter mehrere Subjecte gleichmäßig (par causa) vertheilt ist[26]). Auf diese beiden Momente weisen die ziemlich gleichbedeutenden Ausdrücke patrimonium, in bonis esse und dominium hin. Der intellectuelle An-

25) Eigenthum, Servitut, Pacht, precarium u. dgl.

26) l. 28 D. 10, 3: neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse. l. 11 D. 8, 5: sibi alienum jus praeripit, si quasi solus do-

Digitized by Google

theil begreift also nicht einen pars rei, sondern den Antheil an der Herrschaft über die Sache und den Vermögensantheil des socius, der in der Sache steckt. Wenn der eine Miteigenthümer seinen Antheil an den andern veräußert, so erwirbt dieser nicht Eigenthum an der Sache, denn das hat er schon; aber er erwirbt ein in der Sache steckendes Stück fremden Vermögens, er erwirbt eine größere resp. die Allein-Herrschaft über die Sache und einen erweiterten Besitz (animo) an derselben, also ein Recht mit Bestandtheilen, wie sie nur das Eigenthum von Sachen darbietet, niemals eine Forderung (obligatio). Deshalb können für den Erwerb desselben nur die Formen anwendbar sein, welche für den Eigenthumserwerb gelten. — Der eine Miteigenthümer kann auch dem gemeinschaftlichen Grundstück ohne Zustimmung der andern eine Servitut nicht erwerben, weil die servitus eine qualitas fundi begreift, die er allein eben so wenig, wie die substantia fundi, verändern kann; Eisele bemerkt ganz richtig (S. 65 l. c.), daß der Erwerb einer Servitut für die künftige Bewirthschaftung des Grundstücks präjudicirlich werden kann. — Die Dereliction des einen socius ist nicht die Dereliction einer Sache, sondern eines sachlichen Rechts (Mitherrschaft an der Sache und Vermögensantheil); deshalb wächst von selber das Vermögen der andern socii und es erweitert sich ihre Herrschaft (intensiv). —

Das Ober-Trib. in Berlin erkannte: Behufs einer vortheilhafteren Theilung der res communis (durch Verkauf) kann eine Veränderung der Substanz auch bei Widerspruch einzelner socii vom Theilungsrichter verfügt werden. Seuffert, Arch. N. F. V. B. no. 23 (Ausroden einer Waldparcelle zum Verkauf als Feld).

8. Zum Abschnitt IX (finium regundorum actio).

Die S. 489 über die controversia de fine und de loco referirte, von Rudorff ausgegangne Darstellung des Unterschieds und der geschichtlichen Entwickelung wird von Karlowa, Beiträge zur Gesch. d. röm. Civilpr. S. 141 ff. angefochten. Dieser behauptet, die controversia de loco sei zu keiner Zeit von den Römern unter der formula finium regundorum mit verstanden worden, sondern sei eine wirkliche vindicatio gewesen, und der Unterschied zwischen den Streitigkeiten innerhalb 5 Fuß und den größeren sei weder durch die frühere kaiserliche Gesetzgebung, noch durch Justinian beseitigt worden. Intra quinque pedes könne nur das fin. reg. judicium, nicht die Vindication stattfinden, darüber hinaus nur eine Vindication.

Auf seine Beweisführung hier speciell einzugehn, erlaubt der Raum

---

minus ad suum arbitrium uti re communi velit. l. 8 D. 8, 2: quia non solus dominus est. Vgl. noch l. 10 pr. D. 39, 3.

Digitized by Google

nicht. Doch möchte ich mir die Frage erlauben: bestand denn der finis im ganzen römischen Reiche, auch in sämmtlichen Provinzen, aus einem Landstreifen von 5 Fuß? bestand er auch für Weinberge, für Weideplätze, Gärten u. s. w.? Was die Weinberge betrifft, so sagt Siculus Flaccus 152, 18 — 20 (bei Karlowa S. 194): in vineis simile quid inveniatur — possessores finem solidum relinquunt. Das deutet aber auf eine Gewohnheit hin, nicht auf eine Rechtsnorm. Und von den Gärten wird in l. 4 §. 10 D. 10, 1 gesagt: et in urbe hortorum latitudo contingere potest, ut etiam finium regundorum agi possit. Daß nun zwischen Gärten innerhalb der Städte ein Grenzstreifen von 5 Fuß gesetzlich gewesen sei, ist unglaublich und müßte erst bewiesen werden. Ferner möchte der Behauptung Karlowa's auch l. 1 eod. widersprechen, fin. reg. actio in personam est, licet pro vindicatione rei est. Letztere kann innerhalb der 5 Fuß nicht stattgehabt haben, weil der Grenzstreifen publici juris und der Usucapion u. s. w. enthoben war. Auch seiner Erklärung der c. 1 C. Theod. fin. reg. (c. 3 C. Just. 3, 39) kann ich nicht beistimmen. Mit der controversia finalis kann eine controversia proprietatis in Verbindung stehn, jedoch nur dann, wenn die eine Partei behauptet, daß sie einen bestimmten, die Grenze berührenden Theil Landes, dessen Umfang sie genau beschreiben kann und muß (l. 6. l. 8. l. 76 D. 6, 1), eigenthümlich durch Vertrag, Ersitzung u. s. w. erworben habe. In diesem Falle soll zunächst die Eigenthums- resp. Besitzfrage im Vindicationsprocesse entschieden werden. Mißlingt der Beweis, so wird die Sache als Grenzstreit weiter behandelt (S. 496 oben)[27]).

Auch darin kann ich Karlowa nicht zustimmen, daß in c. 10 C. 8, 45 (de evictionibus) unter fines nur die quinque pedes verstanden werden können. Die Stelle sagt offenbar nur, daß der Verkäufer wegen Eviction blos dann haftet, wenn er ausdrücklich erklärt hat, daß er für die von ihm gezeigte Grundstücksgrenze garantire (legem dixit, intra eos neminem ingressurum). Wenn er aber das Grundstück so verkauft, wie seine Grenzen dermalen sind (suis finibus), und diese bezeichnet, so haftet er wegen Eviction nicht.

9. Zu Abschnitt XI (S. 580, 589, 590).

Als nicht anwendbar sind l. 13 D. 10, 1 und c. 12 C. 8, 10 angesehn worden v. O.A.G. zu Jena, Seuffert, Arch. N. F. B. V no. 4.

27) Gelingt der Beweis, so ist die Festsetzung der neuen Grenze nur Konsequenz der vindicatio, nicht das eigentliche fin. reg. judicium.

Digitized by Google

Alphabetisches Register.

(Die Zahlen bezeichnen die Seiten.)

A.

Abackern eines Rains 521.
Abfindung wegen geleisteter cautio d. inf. 136.
Abfluß des Quellwassers ꝛc. 244.
actio ad exhibendum wegen übergefallner Früchte 526.
actio aquae pluviae arcendae 155.
„ damni infecti 72.
„ ex stipulatu aus der cautio damni infecti 108.
actio finium regundorum 488, 678.
„ injuriarum bei Störungen 332.
„ legis Aquiliae 21, 334.
„ negatoria 263, ſ. noch Negatorienklage.
Ackerfurchen 196.
adjudicatio bei Grenzregulirung 495.
ager 205, ager desertus 577.
aedes, aedium vitium 44.
Aenderung der Kulturart der Grundstücke 195, 576.
aequitas, in der Nachbarschaft begründet 12, 156.
Aeste, überhängende 523.
aestimatio litis 227.
Ankündigung, denuntiatio eines opus 438, der cautio d. inf. 81.
Anlagen, auf seinem Grundstücke, schadenbringende 49, überhaupt 584, Wirkung der obrigkeitlichen Genehmigung 293, 350.
Anwenderecht 557.
aquae pluv. arc. actio 155, 664, Erforderniſſe 161, opus manufactum 175, damnum futurum 187, ager privatus 202, Kläger und Beklagter 210, 212, cessat actio 228.
aqua profluens 256.
aqua pluvia, a. mixta 161, 163, 164.

B.

Bäche 164.
Bäume als Grenzmale 484, 486, an oder auf der Grenze 510.
Bauen 584, 597, 606, res merae fac. 620, Verjährung der Baufreiheit 621.
Baubeschränkungen 597, 606.
Baugesetze, römische 584, 589, 601, 602, 679.
Baustreitigkeiten 621.
Berühmung eines Rechts als Anlaß der Negatorienklage 299.
Besitzwechsel bei der aquae pl. arc. actio 223, bei der op. novi nuntiatio 367, bei der Negatoria 297, 328, bei der cautio d. inf. 56.
Betrieb einer Anlage, schadenbringender 49.
Beweislaſt und Beweisobjekt bei der Negatoria 311.
Bewässerung aus öffentl. Gewässern 253, 255.
bonae fidei possessor, cautio d. inf. 55, 58, aquae pl. arc. actio 212 213, op. novi nunt. 377.
Brunnen 244.

Digitized by Google

C.

Calumnieneid 81, 672.
Canonisches Recht hinsichtlich der operis novi nunt. 415.
cautio damni infecti 3, 663, damnum 26, 93, aedium, loci, operis vitium 41, Kläger 54, Beklagter 66, Subsidiarität 83, Ersatz ohne Caution 96, Zwangsmaßregeln 116.
cautio de demoliendo 399, 673.
„ judicatum solvi 397, 675.
„ zur Vermeidung des int. quod vi 441.
cavere suo nomine, alieno nomine 72.
Chicane gegen den Nachbar bei Bauten 559, durch Wasserentziehung 33, 189.
clam facere 437.
clandestinum opus 437.
Concessionirte Gewerbeanlagen 293, 350.
condemnatio bei der aquae pl. arc. actio 212, bei der negatoria actio 293.
Conventionalcaution 74.
Croquis zum Beweis der Grenze 494.
condominium s. Miteigenthum.
culpa, aquilische 22.

D.

Dämme zur Abwehr von Regenwasser 171, 179.
damnum futurum 13, 93, 187, infectum 93, praeteritum 96, 105.
Dampf, schädlicher 291, 292.
denuntiatio eines opus 439, 447.
„ ad aedes bei der cautio d. inf. 81.
Dereliction des Miteigenthümers 468, 678.
Dingliches Recht als Gegenstand der Negatoria 300, 302.
Duldung einer neuen Anlage 39, 228.

E.

Eigenmacht, vis 438.
Eigenthum an Grundstücken 476, Grundstücksgrenze 479, 484, Luftsäule darüber 481, Unterirdisches 480, Eigenthümer, in Ansehung der cautio d. inf. 54, aquae pl. arc. actio 211, nuntiatio 377, negatoria 326.
Einfriedigung der Grundstücke 515, 568.
Eingriff in das Eigenthum, dauernder 273, 287, vorübergehender 237, 332.
Einreden bei dem interd. quod vi 445.
Einspruch s. nuntiatio und prohibitio.
Einstweilige Verfügungen s. Provisorien.
Einwirkungen, schädliche, auf das Nachbargrundstück 27, 29, 37, 291.
Eisenbahnbetrieb S. 50.
Eisenbahnanlage, schädliche, s. Einwirkungen.
Emphyteuta, cautio d. inf. 55, 68, aquae pl. arc. actio 212, 213, Negatoria 327, finium reg. actio 492, op. novi nuntiatio 377.
Enteignung von Grundbesitz s. Expropriation.
Ersitzung an öffentlichen Grundstücken 347.
Eviction wegen der Grundstücksgrenze 498, 679.
Expropriation 341, 349.

F.

Fensterrecht 610.
Fischerei 255, 256.
Flüsse s. flumina, Flußbauten 5, 254.
flumina 164, publica 166, 239, 252, privata 167, 239.
Flurkarten 494.
Früchte, Ueberfall und Ueberhang 526.
Furchen ziehn 196.

G.

Gase, schadenbringende 272, 290, 309.
Gebäude, an der Grenze 606. — Erhaltung der Gebäude 621. — schadendrohende 4, 44.
Gemeinden als Grundstücksnachbarn 335.

Digitized by Google

Gemeingebrauch an öffentl. Gewäſſern 253.
Gemeinſchaftliche Sachen, res communes, ſ. Miteigenthum.
Gefahr im Verzuge bei op. novi nunt. 373.
Geſetzliche Servituten 541, 552.
Geſtank, negatoria? 309.
Gewerbeanlagen, ſchädliche 49.
Gräben zur Leitung des Regenwaſſers 171, 183, Grenzgräben 487, 516, Reinigen der Gräben 184.
Grenze 479, 484, was an oder auf der Grenze wächſt, ſteht oder liegt 510, 514, 515, an der Grenze bauen, pflanzen u. dgl. 577, Verpflichtung des Verkäufers, die Grenze zu zeigen 498, 679, an der Grenze bauen 606.
Grenzregulirung 488, 678.
Grenzmale, Grenzzeichen 484.
Grundſtücke, Begriff, Grenze, Zubehör 479.

H.

Hammerſchlagsrecht 553.
Hecken an der Grenze 577.
heimlich (clam) 437.
Herrſchaftserweiterung, unrechtmäßige, Objekt der Negatoria 273, 287.

I.

iactus lapilli 439.
Immiſſion, als Veranlaſſung der Negatoria 272.
immissio aquae pluviae 200.
Interdictum de arborib. caedendis 522, de glande legenda 526, demolitorium 407, ne quid in loco publico 5, 337, 343, ne vis fiat aedificanti 403, quod vi aut clam 423, 676, uti possidetis 333.
Intereſſe, bei dem interd. quod vi 435, 676.

K.

Klagen gegen Beamte reſp. gegen den Staat wegen Beſchädigung 338.
Kulturart der Grundſtücke, Veränderung 195.

L.

Lachen (lacus) 244.
Lärm, Anlaß zur Negatoria? 309.
lapilli jactus 439.
Legalſervituten 541, 552.
Leiterrecht 553.
lex agri s. agrorum 172.
lex Rubria s. Galliae cisalpinae 139.
Lichtrecht 610.
locus 45, loci vitium 46.
lucrum darf dem Nachbar entzogen werden 31, 189, dagegen 599.
Luftraum über dem Grundſtücke 481.
luminum servitus 616, lumina excipere 616.

M.

Malbäume 488.
Manum opponere 439, manu prohibere 668.
Mauern, an oder auf der Grenze 514, gemeinſchaftliche 465, 473, ſchadendrohende 44.
Miether, verpflichtet zur cautio d. inf. 67.
missiones in possessionem 116, ex primo decr. 122, ex secundo decr. 125.
Miteigenthum 450, 677, Theilung 457, 468, 678, was iſt dabei getheilt 456, Obligationsverhältniß der Miteigenthümer 452, Einfluß der Beſtimmung der Sache 457, Verfügungen über den Gebrauch, die Subſtanz ꝛc. 458, 468, Reparaturen 453, 465, Erſatz der Verläge 467, paries communis 473, Einſeitige Verfolgung und Vertheidigung der res communis und Wirkſamkeit des Urtheils 471. — Klagberechtigung gegen Dritte 472, socii haben nicht die op. novi nunt. unter ſich 375, stipul. d. inf. 69, erlaubte einſeitige Verfügungen 464, 469, 473.
Mühlen, Waſſerbenutzung 255.

N.

Nachbar, was muß er von dem andern dulden? 292, darf nicht bauen u. dgl., blos um den andern zu ſchädigen 559.

Digitized by Google

Nachbarverhältniß als Basis der cautio damni inf. 12, der aquae pl. arc. actio 156, der fin. regund. actio 497, Note.
naturale loci vitium 46.
Negatorienklage 263, 664, Grund und Tendenz der Klage 284, 664, andere Ansichten 268 ff., Zweck und Ziel 293, Kläger und Beklagter 326, Beweislast 311, Immission als Anlaß der Klage 272.
Neidbau 550.
Nothweg 541.
Noxalklagen 19, 117.
Nuntiatio operis novi ſ. operis novi nuntiatio.

O.

Oeffentliche Grundstücke, Nachbarverhältniß 335, 340.
Operis novi nuntiatio 352, Grund und Zweck 358, Form 362, 672, Wirkung 366, juris nostri conserandi c. 373, damni inf. causa 387, juris publ. tuendi c. 383, Remiſſion 388, cautio de demoliendo 399, interdictum demolitorium 407, interd. ne vis fiat aedificanti 402, heutige Anwendung 416.
operis vitium 49.
opus in solo factum 434, manufactum 175, novum 365, solo conjunctum 366.
ovula bei Grenzzeichen 486.

P.

Pachter, als Beklagter bei der negatoria 330.
paries communis 465, 473.
patientiam praestare 221, 297.
perpetua causa bei der Negatoria 287.
Pfandgläubiger, cautio d. inf. 55, op. novi nuntiatio 377, negatoria 327, fin. reg. actio 492, nuntiatio op. novi 379.
Pfandrecht, Gegenſtand der Negatoria? 302.
Pflugrecht 557, 577.
Planken 515, 517, 569.
Privatgewäſſer 242, 243.
prohibere, Bedeutung 439, 668, manu und lapilli jactu 439.
prohibitio der socii 452, 460, 465, 375, der dinglich Berechtigten 373, 395.
Proviſoriſche Verfügungen in Bauſachen 422, 622, ſtatt des interd. quod vi 449.

Q.

Quellen, Abfluß aus ſolchen 168, 244.
Quod vi aut clam factum 438.

R.

Raine, als Grenzen, 520.
Rauch, Immiſſion 273, 280, 292.
Realſervitutberechtigter, cautio d. inf. 55, 70, aquae pl. arc. actio 212, nuntiatio 380.
Regenwaſſer 162, 243.
Remiſſio der nuntiatio 388, 672.
Reparatur ſchadendrohender Häuſer ꝛc. (cautio d. inf.) 13, 15, 118, 123, der res communis 453, 465, Erſatz der Koſten 467.
restitutio operis, Bedeutung 215, bei der negatoria 297.
repromissio bei der cautio d. inf. 72. bei der nuntiatio novi op. 405.
res communes ſ. Miteigenthum.

S.

Satisdatio bei der cautio d. inf. 72, bei der operis novi nunt. 401. judicatum solvi 397.
Schaden 26, 187, 279.
Schadenserſatz bei der cautio d. inf. 27, 37, bei der aquae pl. arc. actio 188, bei der Negatoria 294, bei Expropriationen u. dgl. 349, bei dem interd. quod vi 446, unter Miteigenthümern 252, 255, 460, 467.
Schaufelſchlag 558.
Schutzanſtalten gegen Regenwaſſer 179.
Selbſthilfe des Eigenthümers 430.
Servitutberechtigter ſ. Realſervitut.
Sonderrechte an fließenden Gewäſſern 256.
Staat als Grundſtücksnachbar 335.
Staatsgut, Erſitzung 347.

Digitized by Google

Stamm eines Baumes 510, 514.
stipulatio ex novi op. nunt. 399.
Störungen, vorübergehende, Abwehr 332.
Subsidiarität der cautio d. inf. 15, 83.
sulci aquarii 198.
Superficiar, bez. der cautio d. inf. 55, 68, Negatoria 327, op. novi nuntiatio 378, 379.

T.

Teiche 244.
testes bei Grenzmalen 486.
Theilung der res comm. 451, 457, 468, 678.
tollere opus (Negatoria) 297, 329.
Traufrecht 501.

U.

Ueberfall der Früchte 526.
Ueberhang der Aeste und Früchte 523, 526.
Uferbauten 5, 254.
Umfriedigung der Grundstücke 515, 568.
Unterirdisches, Steine u. dgl. 480, Wasser 251.
Unterlassung der op. novi nuntiatio 371.
Usufructuar, cautio d. inf. 55, 69, op. novi nuntiatio 379, 670, aquae pl. arc. actio 211, negatoria 330.

V.

Verbot, prohibitio 439, nuntiatio 362.
Verfahren, bei der cautio d. inf. 80, bei der remissio 391, bei der Grenzklage 497.
Verjährung der aquae pl. arc. actio 227, der fin. reg. actio 493, des Fensterrechts 615, der Baufreiheit 620.
vetustas 174.
Verwaltungsbehörden, Klagen gegen dieselben wegen Beschädigung 338.
Vicinität, Erforderniß der Negatoria 306.
vis, interd., quod vi 438.
vitium aedium, loci, operis 41.
Vorhäupter 499.
Vortheile, welche dem Nachbar entzogen werden dürfen 31, 188, dagegen 599.

W.

Wasser im Privateigenthum 243.
Wasserablauf aus Quellen, Brunnen, Teichen 244.
Wasserfurchen 198.
Wasserleitung aus öffentlichen Flüssen 253.
Wasserrecht 234, heutiges Recht 257, 664.
Wasser- und Uferbauten 5, 254.
Wiederherstellung des vorigen Zustands an Grundstücken s. restitutio operis, baufälliger Gebäude 592, 621.
Winkelrecht 508.
Wurzeln, in das Nachbargrundstück gehend 522, in wie weit sie Eigenthum am Stamme begründen 510.

Z.

Zäune an oder auf der Grenze 510, 514, 515, Unterhaltung 474, Anlegung 515, 568, 577.
Zulassung eines opus s. Duldung.

Druck von Ed. Frommann in Jena.

5611 35
Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

HAR RARY
Digitized by Google

Digitized by Google